EXAMEN CRITIQUE

DES

DISTINCTIONS ADMISES

SOIT EN DROIT ROMAIN, SOIT EN DROIT FRANÇAIS

EN CE QUI CONCERNE LES SERVITUDES PRÉDIALES

PAR

E. MACHELARD

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.



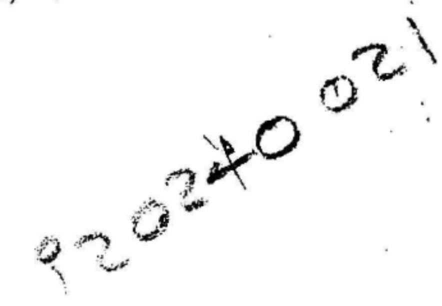
PARIS

AUGUSTE DURAND ET PEDONE-LAURIEL, LIBRAIRES,

9, rue Cujas, 9

(ancienne rue des Grès, 7).

1868



DU MÊME AUTEUR :

DISSERTATION SUR L'ACCROISSEMENT ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET COLÉGATAIRES aux diverses époques du droit romain.— Étude sur les lois Julia et Papia, en ce qui concerne la caducité. 1860, in-8. 5 fr.

ÉTUDE SUR LA RÈGLE CATONIENNE, en droit romain. 1862, in-8. 2 fr.

DES OBLIGATIONS NATURELLES, en droit romain. 1860, 1 fort vol. in-8. 7 fr.

THÉORIE GÉNÉRALE DES INTERDITS, en droit romain. Exposition détaillée des interdits possessoires. 1864, in-8. 5 fr.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Ce, 26, rue Racine.

La véritable portée de la division romaine des servitudes en *urbaines* et *rurales* a soulevé de graves controverses parmi les commentateurs. Il est aujourd'hui à peu près reçu que cette division ne doit pas être acceptée dans le sens naturel que présentent les expressions dont se servaient les jurisconsultes romains. Comme il nous a paru impossible de faire concorder la doctrine courante avec les textes de la législation romaine, nous avons essayé de rendre à cette antique distinction des servitudes la physionomie que nous croyons lui appartenir, sans nous dissimuler les reproches que peut encourir cette division.

Nous ne nous sommes pas contenté de restituer à la théorie romaine la signification qui est la seule exacte à notre gré; notre examen s'est étendu aux distinctions admises dans notre droit moderne, particulièrement à la division des servitudes en *continues* et *discontinues*. Nous sommes persuadé que cette dernière division n'est guère plus heureuse que la division romaine, et nous avons cherché, en nous appuyant sur les documents que fournit la jurisprudence, à montrer les inconvénients que cette division a révélés dans la pratique des affaires, soit qu'il s'agisse de la constitution des servitudes par la prescription

ou par la destination du père de famille, soit qu'il s'agisse de l'extinction des servitudes par le non-usage.

Nous publions l'ensemble des observations que nous a suggérées l'étude de cette matière, observations qui ont donné lieu à une série d'articles pour lesquels la *Revue critique* a bien voulu nous ouvrir ses colonnes.

E. MACHELARD.

Paris, 1er juin 1868.

DISTINCTION

DES SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN.

1. L'influence des traditions, la tyrannie des précédents s'imposent quelquefois d'une manière inévitable, et perpétuent leur empire à travers les âges, sans que l'esprit de réflexion parvienne à réagir contre la force d'un usage invétéré, et à se débarrasser d'idées surannées qui depuis des siècles ont été dépouillées de leur utilité. Cette observation trouve, à notre gré, une application frappante, à l'occasion de l'antique division des servitudes en *urbaines* et *rurales*, division à laquelle une place a encore été réservée dans notre législation, art. 687 C. Nap. Tous les auteurs modernes répètent à l'envi qu'aujourd'hui cette distinction est absolument dépourvue d'intérêt. La plupart ajoutent que la véritable portée de cette classification empruntée au droit romain a été mal saisie par les rédacteurs du Code civil, qui semblent n'avoir eu d'autre but que de donner leur avis sur une question longtemps agitée entre les Docteurs. La controverse avait sa raison d'être, quand on était sous l'empire des lois romaines qui avaient consacré cette

division des servitudes, en y rattachant différentes conséquences. Il fallait bien alors prendre parti sur les caractères constitutifs des servitudes urbaines ou rurales, puisque les règles à appliquer variaient suivant que la servitude appartenait à l'une ou à l'autre des deux catégories. Mais notre législateur ayant avec raison condamné à rester stérile cette malencontreuse distinction, sur laquelle on n'était jamais parvenu à s'entendre, il eût dû s'abstenir de déterminer le sens d'expressions dont il n'y avait plus à s'embarrasser. Il ne se serait pas exposé de la sorte au reproche qu'on lui adresse assez généralement d'avoir accordé son suffrage à une opinion erronée; tout au moins aurait-il évité de surcharger les textes de nos lois d'un article fort inutile [1].

2. Il peut paraître assez oiseux de revenir sur un débat qui a perdu heureusement tout intérêt d'application, de telle sorte que pratiquement il importe peu de savoir si les rédacteurs du Code ont bien ou mal interprété la doctrine romaine. La chose est indifférente, en effet, quand il est cas de discerner parmi les règles diverses gouvernant les servitudes celles qui devront être suivies, et l'erreur commise par le législateur, si elle existe, ne risque de compromettre aucun droit. En entreprenant ce travail, nous n'avons pas la prétention d'aider à la solution de quelque question qui pourrait s'élever devant les tribunaux. Il s'agit d'une étude rétrospective et historique, mais qui en même temps appartient à la philosophie du droit. Si l'on aime à se rendre compte de la puissance dont jouissent certaines idées, qui, dans l'origine appropriées aux besoins de leur temps, survivent ensuite à leur cause, et réussissent à se maintenir par la force mystérieuse de la tradition, on trouvera, si nous ne nous abusons, un exemple de ce phénomène dans le respect dont a été entourée pendant tant de siècles la division des servitudes en urbaines et rurales.

3. Cette division, en harmonie avec l'état de la propriété foncière et son régime économique, au premier âge de Rome,

[1] La seule utilité que nous connaissions à l'article 687 est de permettre de tendre un piége aux étudiants. Combien de fois n'avons-nous pas entendu poser cette question : « Quel est dans le droit actuel l'intérêt de la distinction des servitudes en urbaines et rurales? » Trop souvent, hélas! cette question a été un moyen de se convaincre que le candidat avait négligé d'aller écouter les explications de ses professeurs.

antérieurement à la loi des Douze Tables, avait perdu, suivant nous, à peu près toute son importance à l'époque classique. Logiquement elle aurait dû être sacrifiée, parce qu'elle n'était pas d'accord avec les règles nouvelles qu'avait fait surgir l'élaboration scientifique de la matière. Nous estimons cependant qu'elle ne fut pas abandonnée. Il y avait là une distinction qui se recommandait par son ancienneté, par sa simplicité, et qui s'adaptait assez heureusement, quoique non d'une manière complète, avec la distinction qu'aurait exigée une saine théorie. Cela suffit pour sauver des locutions auxquelles on était depuis longtemps habitué. La division primitive resta la base de l'exposition des servitudes dans les œuvres des grands jurisconsultes. Les compilateurs de Justinien, en transmettant cette division aux jurisconsultes du monde moderne, les ont condamnés à d'interminables discussions pour essayer de maintenir à tout prix comme étant fondé sur la raison le classement des servitudes en urbaines et rurales. Il a fallu pour cela violenter le sens naturel des mots; et l'on est arrivé à transformer une division extrêmement claire en une division assez peu intelligible. S'ils sont d'accord d'ailleurs pour blâmer l'explication tirée de la qualité du fonds dominant, les auteurs ne s'entendent plus très-bien quand il s'agit d'arrêter la vraie formule qu'il faut adopter, de déterminer le *criterium* à l'aide duquel on pourra toujours reconnaître si une servitude est urbaine ou rurale. Nous aurons à constater que, quel que soit le système auquel on s'arrête parmi ceux qui ont été proposés, il est impuissant à produire ce résultat, nécessaire, dit-on, pour sauver l'honneur des jurisconsultes romains, savoir qu'une servitude quelconque doit toujours constituer exclusivement soit une servitude urbaine, soit une servitude rurale; et des textes positifs nous autoriseront à conclure que ces jurisconsultes entendaient les choses avec moins de subtilité que ne leur en ont supposé les commentateurs.

4. Les servitudes prédiales, on le sait, sont des droits ayant pour objet d'assurer à un immeuble un certain avantage, que le maître de cet immeuble obtient en empiétant sur la propriété d'un immeuble appartenant à un autre maître. Dans ce but, le maître du fonds dit dominant pourra tantôt faire tel ou tel acte sur le fonds qualifié servant (y passer, y pren dre de l'eau, etc.)

tantôt empêcher le maître du fonds servant d'exercer la plénitude de son droit de propriété, qui se trouvera restreint de façon qu'il ne lui soit plus permis d'en disposer à son gré, de toute manière, de bâtir, de planter par exemple. D'une part, les besoins de l'agriculture justifient ces modifications à la propriété, qui faciliteront l'exploitation du fonds dominant, et en augmenteront les revenus. D'autre part, la pensée de rendre plus commode, plus agréable l'habitation d'une maison autorise encore l'établissement de servitudes. Ces deux applications ne parurent pas aux premiers Romains devoir être traitées également et avec la même faveur. Chez un peuple adonné aux travaux agricoles, on dut attacher une haute importance aux servitudes qui avaient pour but de rendre les fonds de terre plus productifs. Aussi plaça-t-on les *jura prædiorum rusticorum* parmi les choses *mancipi*, regardées, nous dit Gaïus, I, 192, comme étant les plus précieuses (*pretiosioribus rebus*). Quant à l'intérêt que pouvait présenter l'amélioration de la jouissance des bâtiments, il ne fut pas pris en même considération, et les *jura prædiorum urbanorum* restèrent relégués dans la foule des *res nec mancipi*. D'ailleurs, dans les premiers temps, les servitudes établies à ce point de vue devaient être assez rares, puisqu'il était d'usage d'isoler chaque habitation, d'où le nom d'*insulæ* appliqué aux maisons.

5. Telle est l'origine véritable de cette division des servitudes, qui a pris naissance antérieurement à la loi Décemvirale, celle-ci n'ayant fait que confirmer la classification des objets du patrimoine en *res mancipi* ou *nec mancipi* qu'elle avait trouvée en vigueur. L'intérêt de l'agriculture est-il en jeu, ou ne s'agit-il que de la commodité des habitations, voilà l'idée qui servit de base à la distinction, et les dénominations adoptées pour désigner chaque espèce de servitudes (*jura prædiorum rusticorum, jura prædiorum urbanorum*) correspondent exactement à cette base. Aussi les jurisconsultes romains prenaient-ils le soin de préciser la signification qu'il fallait donner en cette matière aux mots *prædium urbanum*; ils disaient que tout bâtiment, quelle que fût d'ailleurs sa situation, qu'il se trouvât à la ville ou à la campagne, devait être qualifié *prædium urbanum*. « *Ædificia urbana quidem prædia appellamus : cæ-* « *terum, etsi in villa ædificatia sint, æque servitutes urbanorum* « *prædiorum constitui possunt*, » c'est ainsi que s'exprime

Ulpien, L. 1, *pr.*, D., *Comm. præd.* Les rédacteurs des Institutes ont reproduit la même définition, liv. II, tit. III, § 1, « *Quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in* « *villa ædificata sint.* » Par là était *à contrario* nettement fixé le sens qu'on devait ici attacher aux mots *prædium rusticum*. Cette détermination était d'autant plus nécessaire qu'il y avait des circonstances[1] où les mêmes expressions étaient employées avec une autre portée. Il faut donc rejeter sans hésiter la restriction que certains auteurs ont proposé d'apporter à l'idée des *prædia urbana*, sous laquelle ne devraient pas rentrer les bâtiments servant uniquement à l'exploitation des biens ruraux. Cette opinion est formellement condamnée par Ulpien, L. 198, D., *De verb. sign.* : « *Quia urbanum prædium* « *non locus facit, sed materia.* »

6. D'un autre côté, un doute sérieux n'est pas permis, bien que des dissidences se soient produites à cet égard entre les commentateurs, sur la question de savoir si c'est le fonds dominant ou le fonds servant qui doit être envisagé pour caractériser la servitude. L'habitude des Romains était de qualifier une servitude en se préoccupant du sujet au profit duquel le droit existait. A leurs yeux, les servitudes prédiales étaient des qualités avantageuses pour un fonds, comme le prouve cette phrase si connue du jurisconsulte Celsus : « *Quid aliud* « *sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, ut* « *bonitas, salubritas, amplitudo?* » De même qu'une servitude *personnelle* était ainsi appelée parce que le droit se trouvait attaché à une *personne*, de même une servitude prédiale était urbaine ou rurale, suivant que le fonds en faveur duquel elle était exercée constituait un *prædium urbanum* ou un *prædium rusticum*. Cette similitude de langage est mise pleinement en saillie dès le début du livre consacré dans les Pandectes à la matière des servitudes prédiales. « *Servitutes aut personarum* « *sunt, ut usus et ususfructus; aut rerum, ut servitutes rustico-*

[1] Ainsi, quand il s'agissait du gage tacite accordé au *locator* sur les meubles apportés dans un *prædium urbanum*, de même quand il y avait lieu d'appliquer le sénatus-consulte interdisant aux tuteurs ou aux curateurs l'aliénation des *prædia rustica* ou *suburbana* appartenant à des pupilles ou à des mineurs de vingt-cinq ans, tandis que cette prohibition restait étrangère aux *prædia urbana*, le mot *prædium urbanum* était entendu autrement qu'en matière de servitudes.

« *rum prædiorum, et urbanorum,* » L. 1, D., *De servit.* C'est la personne, sujet titulaire du droit, qui sert à dénommer la servitude comme personnelle; c'est le caractère de l'immeuble, sujet avantagé par le droit, qui doit servir à qualifier la servitude prédiale. Il faut voir à quelle espèce de fonds la servitude est due, si elle est *urbano prædio debita,* suivant les expressions d'Ulpien, L. 6, D., *De fund. dot.* Quand les rédacteurs des Institutes nous disent que les *servitutes prædiorum urbanorum* sont celles *quæ ædificiis inhærent,* il est clair qu'ils ont en vue l'héritage dominant, comme on dirait de l'usufruit que « *personæ usufructuarii inhæret.* » La terminologie ordinaire n'est pas celle-ci : *servitutes urbanæ* ou *rusticæ,* mais bien : *servitutes* ou *jura prædiorum urbanorum, prædiorum rusticorum.*

7. Cette explication si satisfaisante, si parfaitement conforme aux locutions usitées, s'impose à l'esprit avec une telle autorité que les meilleurs auteurs parmi ceux qui repoussent ce système sont obligés de reconnaître que tel a dû être primitivement le sens de la distinction. Cet aveu, déjà à peu près fait par M. de Vangerow [1], est consenti explicitement par Molitor [2], par M. Maynz [3], enfin par notre savant collègue, M. Demangeat, dans son *Traité de la condition du fonds dotal en droit romain* [4]. A quelle époque se produisit la déviation de la signification originaire, on ne saurait le préciser; mais assurément, dit-on, elle était accomplie à l'époque classique. Seulement les anciennes expressions subsistèrent pour exprimer tout autre chose que ce qu'elles indiquent naturellement.

8. Les motifs donnés pour rendre compte de cette transformation ne sont en réalité qu'une critique de l'opportunité de la distinction. Sous ce rapport, nous nous associons jusqu'à un certain point aux objections dont a été l'objet une doctrine qui n'a été admise, prétend-on, que transitoirement, et dont les grands jurisconsultes romains auraient eu le tact de se débarrasser. La distinction était effectivement malheureuse,

[1] *Lehrbuch der Pandekten,* § 339, p. 799 de la sixième édition.
[2] *La possession, la revendication,* etc., p. 335.
[3] *Éléments de droit romain,* t. I, § 218, p. 530.
[4] Sur la loi 6, *De fund. dot.*, p. 239.

parce qu'elle est étrangère aux caractères essentiels qui différencient les servitudes. Sans doute si les avantages qu'un immeuble peut retirer d'un immeuble voisin étaient d'une autre espèce suivant la qualité (urbaine ou rustique) de l'héritage dominant, il aurait été fort raisonnable d'adopter définitivement le classement imaginé d'abord. Mais l'analyse de la matière démontre que les services à attendre d'un fonds pour l'utilité d'un autre fonds sont tels qu'ils ne changent point quant à leur nature intime, d'après l'état du fonds dominant, qu'il soit bâti ou non bâti. Prenons deux servitudes que signalent particulièrement leur fréquence et leur importance. Il est très-avantageux pour le propriétaire d'un fonds rural de pouvoir y accéder en traversant le terrain d'autrui, ce qui est indispensable s'il y a enclave, ce qui procurera une économie de temps et de peine, si le trajet à faire par la voie publique était beaucoup plus long. Mais on conçoit que la même situation peut se présenter, bien qu'elle soit moins ordinaire, quand il s'agit d'accéder à un bâtiment. Les maisons d'habitation se construisent en général le long des rues ou chemins, tandis qu'une portion de terre cultivable se trouvera souvent, à la suite de partages, avoir besoin d'une communication avec la voie publique. En fait, un droit de passage sera habituellement constitué au profit d'un héritage rural; toutefois, accidentellement, il peut l'être en faveur de bâtiments, et les exemples en sont moins rares qu'on pourrait le supposer. — De même l'utilité d'une prise d'eau pratiquée sur le fonds voisin est facile à apprécier pour rendre plus fertile un héritage rural, notamment une prairie. On ne peut nier cependant que la jouissance d'un élément aussi nécessaire que l'eau pour les besoins de la vie ne constitue une ressource très-désirable pour les habitants d'une maison. La servitude d'aqueduc se comprend donc tout aussi bien en faveur d'un bâtiment qu'en faveur d'un fonds de terre.

9. La même observation peut être étendue à des servitudes moins usuelles. La privation du soleil et de son action bienfaisante est sensible au point de vue de l'agrément d'une habitation; et afin d'éviter un pareil inconvénient, le propriétaire d'une maison s'arrangera avec son voisin pour grever l'héritage de ce dernier de la servitude de ne point bâtir, de ne point planter. Mais le propriétaire d'un jardin, d'une prairie,

d'une vigne a aussi intérêt à ce que son terrain ne soit pas ombragé par l'effet de constructions ou plantations que ferait le propriétaire voisin, et la prohibition de bâtir ou planter trouvera également son utilité au profit de celui qui possède un héritage rural. — La faculté de prendre du bois dans une forêt voisine augmentera la valeur d'un fonds rural, par exemple d'un vignoble, en permettant de le garnir d'échalas (*pedamenta vineis*), qui aideront à l'abondance et à la maturation de la récolte; mais la même faculté sera pareillement d'un haut intérêt pour le propriétaire de bâtiments qui serait autorisé à couper chez son voisin le bois nécessaire à l'entretien de ses bâtiments.

10. On le voit donc, des services fonciers de même nature, dont l'exercice se traduit en faits analogues, sont possibles soit pour l'utilité de fonds de terre, soit pour l'utilité de bâtiments. C'est là ce qui condamnerait inexorablement la division des servitudes consistant à les qualifier différemment suivant que l'héritage dominant serait un *prædium rusticum* ou un *prædium urbanum*. Telle servitude étant donnée, elle permet au propriétaire du fonds dominant de faire toujours les mêmes actes, ou elle impose au propriétaire du fonds servant une abstention qui est toujours la même. Or il ne serait pas raisonnable d'admettre que cette servitude changeât de caractère au gré de la nature du fonds dominant. « C'est très-justement, « fait observer un auteur du plus grand poids, M. Demolombe[1], « que Vinnius, qui avait aperçu le vrai caractère de la distinc- « tion, disait que la même servitude ne pouvait être tantôt « rurale, tantôt urbaine, suivant que le fonds sur lequel elle « s'exerçait était un sol ou un bâtiment : *Ratio non patitur* « *ut eadem specie servitus nunc rustica, nunc urbana di-* « *catur.* »

11. Cette critique, nous l'avons déjà reconnu, n'est pas dénuée de fondement. Prenons garde toutefois qu'il est loin d'être indifférent, au point de vue de la charge résultant de la servitude, que celle-ci existe au profit d'un *prædium rusticum* ou d'un *prædium urbanum*. La chose sera, il est vrai, complétement sans intérêt, s'il s'agit d'une servitude dite *négative*.

[1] *Traité des servitudes*, t. II, n° 705.

La prohibition de bâtir, de planter, en la supposant absolue, sera toujours *unum et idem*, qu'on ait voulu se ménager de l'air, de la lumière pour favoriser les produits d'un fonds de terre, ou pour assurer l'agrément d'une habitation. Il en sera tout autrement quant aux servitudes *positives*, qui autorisent à faire tel ou tel acte sur le fonds d'autrui. L'assujettissement pourra être bien plus lourd, si l'héritage dominant est un bâtiment que s'il était un fonds de terre. Ainsi la nécessité de livrer passage pour arriver à une prairie ou à un champ cultivable présentera moins d'inconvénients que le passage exercé pour le service d'une maison. Objectera-t-on que le fait de passer constitue toujours un acte uniforme? Cela n'est pas douteux, si l'on n'envisage que le fait en lui-même de passer, d'aller et venir. Mais, en matière de servitude, le fait de passer ne s'exerce pas à titre de promenade; il n'est dû que conformément aux besoins de l'héritage dominant. Si mon fonds est grevé d'un droit de passage pour l'exploitation d'une prairie, c'est une charge qui ne ressemble en rien, quant à l'incommodité qui en résulte, à celle qui pèserait sur le même fonds à raison d'un droit de passage appartenant à une maison d'habitation, dont l'accès doit être possible d'une façon permanente. S'agit-il du droit de prendre de l'eau chez le voisin : qui ne voit que ce droit différera sensiblement, quant à la quantité d'eau dont sera privé le maître du fonds servant, selon que cette quantité sera mesurée sur les besoins d'une famille habitant la maison dominante, ou sur les besoins du fonds qui devra être irrigué, de même qu'il différera quant au renouvellement des actes d'exercice, puisque les besoins des habitants d'une maison sont quotidiens, tandis que le fonds à arroser n'usera de l'eau que pendant une saison de l'année? Dira-t-on également que la faculté de prendre du bois n'est pas fort variable, suivant qu'il sera question de fournir des échalas pour une vigne, ou les pièces de bois nécessaires pour la réparation de bâtiments?

12. Il est incontestable que la nature du fonds dominant, sur les besoins duquel doit être calculée l'étendue de la servitude, exerce sur celle-ci une influence considérable. Toutefois, quelque importante que soit cette circonstance, au point de vue de la gravité de la charge, il n'y a là qu'une question de *quantité*, qui ne va pas jusqu'à changer l'essence de la servi-

tude en elle-même. Plus ou moins restreint, plus ou moins développé, un droit reste en définitive toujours le même; petit ou grand, il doit être gouverné par des règles identiques. La manière de l'acquérir, la manière de le perdre, ne peuvent pas dépendre de son intensité. On ne conçoit pas rationnellement qu'un droit d'aqueduc, un droit de passage, un droit de couper du bois soit assujetti à des principes différents quant à ses modes de constitution ou d'extinction, suivant qu'il serait plus ou moins onéreux. Or, comme c'est précisément en ce qui concerne ces questions qu'il importe de distinguer si une servitude appartient à telle classe, et que la considération de la qualité du fonds dominant ne doit légitimement avoir aucune influence sur le point de savoir comment la servitude commencera ou cessera d'exister, nous ne disconvenons point que la division, qui tient compte de cette circonstance pour établir des règles différentes, a encouru une réprobation méritée; et nous comprenons les efforts qui ont été faits pour disculper les jurisconsultes romains d'avoir adopté une semblable doctrine. Diverses explications ont été tentées pour mettre la classification romaine en harmonie avec la saine théorie puisée dans les caractères essentiellement distinctifs des servitudes. Voyons si ces explications peuvent se concilier avec l'emploi subsistant des dénominations admises d'abord avec un tout autre sens, et si les décisions fournies par les textes se prêtent à l'interprétation que les auteurs modernes ont imaginée pour rendre compte des expressions consacrées en cette matière : *servitutes prædiorum urbanorum*, *servitutes prædiorum rusticorum*.

13. Ces expressions sont gênantes, il faut l'avouer; aussi a-t-on essayé de s'en débarrasser, en disant que la distinction était mieux indiquée sous une autre formule dans un fragment de Paul, la loi 3, D., *De servit.*, ainsi conçue : « *Servitutes* « *prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* » Il y a synonymie, prétend-on, entre les servitudes rurales et celles *quæ in solo consistunt*, synonymie entre les servitudes urbaines et celles *quæ in superficie consistunt*. C'est de ce texte de Paul que se sont en général emparés les auteurs modernes pour donner une origine romaine à leur division fondée sur la nature même des servitudes, et qui comme telle devrait avoir été adoptée par les jurisconsultes romains. Notre judicieux collègue, M. De-

mangeat, suivant lequel[1] « ces jurisconsultes, qui dans l'élabo-
« ration de leurs doctrines regardaient si hardiment au fond des « choses, auraient bien vite reconnu qu'en réalité la nature du « fonds dominant est souvent indifférente, » M. Demangeat reproche cependant à Paul de ne pas s'être exprimé en termes bien clairs[2]. Cette clarté désirable ne se trouve pas assurément dans le commentaire, malheureusement trop laconique, dû à la collaboration de MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain. Les trois auteurs se contentent de dire que, « d'après les principes du « droit romain, les servitudes étaient rurales ou urbaines, sui- « vant qu'elles étaient attachées au sol même ou seulement à « la superficie, en sorte que la servitude rurale avait une durée « indépendante des bâtiments avec lesquels périssait nécessai- « rement la servitude urbaine[3]. » Mais d'autres commentateurs ont pris le soin de développer le sens de ces mots : *consistere in solo, in superficie.*

14. Écoutons le savant auteur de l'*Explication historique des Instituts*[4] : « La solution la plus claire qu'on puisse désirer « de la question nous est fournie par le fragment de Paul... « C'est-à-dire qu'il est des servitudes qui prennent leur exis- « tence, leur élément essentiel et constitutif, leur consistance « pour employer l'expression romaine, dans l'idée de sol (*in « solo consistunt*), indépendamment de toute construction, « plantation, édification, ou superposition quelconque, choses « accessoires qui peuvent se rencontrer ou ne pas se rencon- « trer sur les fonds sans changer la nature de ces servitudes. « Telles sont celles de passage, de puisage, de pacage, etc. Il « en est d'autres, au contraire, qui prennent leur élément essen- « tiel et constitutif, leur consistance, dans l'idée de superficie, « c'est-à-dire d'une superposition quelconque au-dessus du sol ; « idée indispensable pour qu'elles existent (*in superficie con- « sistunt*) : telles sont celles de jour, de vue, de gouttières, etc. « Les premières sont servitudes rurales, les secondes servitudes « urbaines. Notez que ces dernières peuvent exister sans même « qu'il y ait aucun bâtiment sur l'un ou l'autre fonds : par

[1] *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 239.
[2] *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 498.
[3] *Commentaire théorique et pratique*, etc., t. II, n° 342.
[4] Septième édition, t. II, n° 449.

« exemple, dans la servitude au profit de mon champ que vous « ne bâtirez pas sur le vôtre, il n'y a d'édifice nulle part; mais « l'idée négative de bâtiment, de superficie, forme l'élément « constitutif, la consistance de la servitude. » L'interprétation donnée par Molitor [1] au texte de Paul concorde avec celle de M. Ortolan. « Le mot *consistere in aliqua re*, dit Molitor, veut « dire être fondé dans une chose, y avoir sa raison d'être. « D'après cela, la raison d'être de la servitude rurale est sim- « plement le sol; peu importe qu'il y ait sur ce sol des édifices « ou non, et pour voir si une servitude est rurale, il suffira « d'examiner si, considérée en soi, elle pourrait exister lors « même que sur aucun des deux fonds il ne se trouverait d'é- « difice... La servitude urbaine, au contraire, est celle qui a « sa raison d'être dans un état ou dans un mode de superficie « déterminé, sans qu'il importe d'ailleurs que le fonds domi- « nant ou le fonds grevé soit un édifice ou non; car si je sti- « pule, par exemple, que mon voisin ne fera rien qui puisse « m'ôter la vue de mon jardin, ou qu'il n'élèvera pas sa maison, « la servitude *ne prospectui officiatur* ou *ne altius tollatur* ne « sera pas moins une servitude urbaine, et cependant le fonds « dominant n'est pas un édifice, et il se pourrait même que le « fonds grevé n'en fût pas un. »

15. Je demande ce que devient avec cette théorie la classification romaine, et quel compte on tient de la terminologie qui lui était consacrée. D'après cette terminologie établie par les jurisconsultes classiques, notamment par Ulpien, et conservée par les rédacteurs des Institutes, il est indispensable qu'il y ait un *ædificium* pour comprendre une servitude, dont le caractère est celui-ci : *ædificiis inhærere*. On arrive cependant à se passer de constructions pour constituer une servitude urbaine. Bien qu'il n'y ait pas seulement pierre sur pierre soit dans le fonds dominant soit dans le fonds servant, il y aura néanmoins un *prædium urbanum*, c'est-à-dire un *ædificium*, l'interdiction de bâtir équivalant sans doute à un bâtiment. On ne nous dit pas lequel des deux héritages également vides de toute construction doit être considéré comme un *prædium urbanum*. J'imagine que ce rôle appartiendra à l'héritage servant; car, comme le dit un peu plus loin Molitor, « ce qui

[1] *La possession, la revendication*, etc., p. 333, n° 31.

« caractérise les servitudes urbaines, c'est uniquement un état » de superficie déterminé, ne fût-ce que d'une manière néga- « tive. » Or, dans l'espèce c'est au fonds servant qu'un certain état est imposé relativement à la superficie, d'une manière négative, par suite de la prohibition de bâtir qui pèse sur lui. Le fonds dominant, auquel n'est imposé aucun état de superficie, et sur lequel, on le suppose, ne se trouve nulle construction, ce fonds-là est incontestablement un *prædium rusticum*. C'est le fonds voisin, condamné à rester à l'état d'*area*, qui se transforme en un *prædium urbanum*, ou en un *ædificium*, précisément parce qu'il ne peut pas acquérir cette qualité. Nous aboutissons ainsi justement à prendre le contre-pied de la doctrine romaine, suivant laquelle une servitude était urbaine, quand elle était due *prædio urbano* et non pas *a prædio urbano*. Que l'on approuve le point de vue auquel se place Paul, que l'on trouve opportune la division des servitudes consistant à distinguer si la superficie est ou non affectée, soit positivement, soit négativement, nous le voulons bien. Seulement que l'on renonce à prétendre que les servitudes *quæ in superficie consistunt* correspondent exactement aux *servitutes urbanorum prædiorum*. N'est-il pas clair, en effet, que la circonstance de constructions devient indifférente, quand on ne doit s'occuper que du mode imposé à la superficie d'un fonds? Le propriétaire du fonds A non bâti doit s'abstenir de planter dans l'intérêt du fonds B, qui est également vide de constructions. Il est possible assurément de dire que l'état de la superficie est affecté, qu'il y a une servitude *in superficie consistens*; mais ce qui est impossible, c'est de faire surgir en pareil cas un *prædium urbanum*, dans le sens que les Romains donnaient à cette expression, si l'on se rappelle leur définition : *ædificia omnia urbana prædia appellamus*.

16. D'autres auteurs, désespérant sans doute de faire agréer leur doctrine si l'on conservait les dénominations usitées chez les Romains, ont proposé de substituer à la division traditionnelle une division basée sur l'espèce de droit que peut conférer une servitude prédiale. Tantôt, disent-ils, la servitude autorise le propriétaire du fonds dominant à avoir d'une manière permanente tel ou tel ouvrage qui nuit au fonds servant (*servitus habendi*, par exemple *tigni immittendi*); tantôt la servitude permet d'empêcher le propriétaire voisin d'user de sa chose à

son gré (*servitus prohibendi*, par exemple, *ne altius tollatur*); tantôt enfin la servitude donne au propriétaire du fonds dominant la faculté d'exercer des actes sur le fonds servant (*servitus faciendi*, par exemple *eundi agendi*). Les deux premières sortes de servitudes correspondraient aux servitudes urbaines, la dernière sorte aux servitudes rurales. Cette triple distinction, qui aurait été imaginée par Stever, est chaudement défendue par M. de Vangerow [1] contre les critiques dont elle a été l'objet; elle a eu l'honneur d'obtenir le suffrage de M. Demangeat [2], et M. Maynz [3], à son tour, la trouve fort satisfaisante.

17. Il ne s'agit pas, qu'on y prenne garde, d'apprécier si cette division est bonne en elle-même, si elle est justifiée par une analyse exacte des différents droits qui peuvent être contenus dans les servitudes prédiales, et qui devraient avoir des règles diverses suivant qu'ils rentreraient dans les deux premières classes ou dans la troisième. La véritable question est de savoir si cette division en trois branches, dont deux se réunissent, est identique avec celle des servitudes *prædiorum urbanorum* ou *rusticorum*. Au premier abord, l'affirmative est difficile à admettre, et l'on ne saurait disconvenir qu'elle ne saute pas aux yeux. Ce n'est que dans la suite de notre travail, en examinant les textes des jurisconsultes romains, que nous pourrons vérifier l'exactitude de cette assertion que nous croyons devoir contredire. Toujours est-il que l'esprit a peine à saisir cette prétendue identité; et l'on ne conçoit guère que les Romains, pour indiquer une servitude consistant *in faciendo*, eussent employé la qualification de *servitus prædii rustici*, qui est loin de présenter ce sens, de même que, pour désigner une servitude consistant *in habendo* ou *in prohibendo*, ils se fussent servis de l'expression *servitus prædii urbani* qu'ils ont pris le soin de définir d'une tout autre manière.

18. Ces deux premiers systèmes ont également le tort de ne pas tenir compte de l'importance que doivent avoir les constructions, pour caractériser, si l'on ne veut pas s'écarter du langage des Romains, la distinction des servitudes en urbaines et rurales. Aussi la doctrine la plus courante n'ose-t-elle

[1] *Lehrbuch der Pandekten*, 6e édition, t. I, § 339, no II.
[2] *De la condition du fonds dotal.*, p. 240.
[3] *Éléments de droit romain*, t. II, § 218.

se détacher absolument de cette considération des constructions qui a évidemment inspiré la division romaine. Seulement toute servitude existant au profit d'un bâtiment ne serait point, dit-on, par cela même une servitude urbaine. Il faudrait de plus que l'*idée* de constructions fût nécessaire pour *concevoir* la servitude; par suite, un droit de passage qui conduirait à un bâtiment ne pourrait constituer qu'une servitude rurale, le passage se comprenant indépendamment de tout édifice. Tel est l'exemple le plus volontiers cité pour repousser l'appellation de servitude urbaine tirée exclusivement de la qualité du fonds dominant. D'un autre côté, il ne serait pas exigé, pour qu'il y eût servitude urbaine, que des constructions existassent pour le moment; il suffirait que la servitude éveillât l'idée de constructions. J'emprunte le résumé de la théorie ordinaire à une autorité fort compétente, à M. Demangeat, dont le *Cours élémentaire de droit romain* qu'il vient de publier a si vite conquis parmi les livres classiques la popularité que faisait présager le succès de l'enseignement oral de ce professeur. « Toute servitude, dit M. Demangeat[1], à laquelle vous ne « pouvez songer sans que l'idée de construction se présente « à votre esprit est une servitude urbaine, lors même qu'il « n'existe pour le moment aucune construction; au contraire, « est rustique la servitude que vous pouvez concevoir sans « qu'elle appelle nécessairement dans votre esprit l'idée de « construction. »

19. Nous avons nous-même longtemps professé cette doctrine, bien que nous ne l'ayons fait qu'à contre-cœur, en n'abandonnant qu'à regret le sens si naturel que présentent les expressions : *servitus prædii rustici*, *prædii urbani*, surtout avec le commentaire que donnent les jurisconsultes romains quant à la portée du *prædium urbanum* en cette matière. Nous avons été d'ailleurs toujours fort embarrassé pour arrêter une formule précise à l'aide de laquelle on pût discerner une servitude rurale d'une servitude urbaine, dès qu'on ne veut pas prendre pour base la qualité du fonds dominant. Après avoir étudié de nouveau cette question et examiné attentivement les textes, nous sommes arrivé à nous convaincre que depuis l'origine jusqu'à Justinien a persisté l'idée primitive de la distinc-

[1] *Cours élémentaire*, t. I, p. 499.

tion reposant sur la nature de l'héritage dominant, et qu'ainsi les rédacteurs du Code ne méritent pas le reproche qui leur a été souvent adressé d'avoir mal saisi la classification adoptée par les Romains. Nous n'avons pas besoin de reproduire les réserves que nous avons faites sur l'opportunité de la division; et nous aurons à constater que le système que nous embrassons soulève des difficultés à raison de ce que parfois il serait désirable d'appliquer à une servitude urbaine telle règle qui semble propre aux servitudes rurales, ou *vice versa*. C'est sur ce point qu'apparaîtra le vice de cette division qui a été justement critiquée. Mais bien que le peuple romain soit en général notre maître en matière de législation civile, il est permis, sans altérer la gloire qu'il a conquise, de lui dénier une perfection qu'il n'a pas atteinte. La vérité historique est avant tout ce qu'il faut respecter; et, s'il est constant que les jurisconsultes romains ont mal analysé les servitudes prédiales quant aux règles différentes qui devaient gouverner les unes ou les autres, nous estimons qu'il vaut mieux reconnaître cette tache que s'évertuer à leur faire dire tout autre chose que ce qu'ils ont dit en réalité.

20. Abordons maintenant la démonstration de la thèse que nous nous proposons de défendre.

21. Nous commencerons par mettre à l'épreuve, en les appliquant à telle servitude, les différents systèmes proposés par les auteurs modernes, systèmes entre lesquels, avons-nous dit, il n'existe pas une concordance parfaite. Il est facile de constater ce défaut d'harmonie, à l'occasion d'une servitude prédiale signalée maintes fois dans les fragments des jurisconsultes, et qui par conséquent devait se présenter en pratique. Pomponius, dans un texte capital, bien souvent cité pour déterminer les éléments constitutifs du droit de servitude, après avoir indiqué qu'il ne saurait y avoir une servitude valable là où l'abstention imposée au propriétaire d'un fonds ne profiterait ni à une personne ni à un héritage voisin, Pomponius ajoute qu'il en est autrement dans le cas où le propriétaire d'un terrain s'engagerait à ne pas faire de recherches chez lui pour découvrir l'eau qui pourrait s'y trouver cachée, et cela en vue de ne pas nuire à l'alimentation des sources dont jouit le propriétaire voisin; « *aliter atque si concedas mihi jus tibi*

« *non esse in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ* « *gratia*[1]. »

22. Si nous demandons à nos adversaires dans quelle catégorie doit être rangée une pareille servitude, nous avons peine à croire qu'ils parviennent à se mettre d'accord. La réponse nous semble, en effet, devoir varier, suivant qu'on appréciera la servitude d'après l'une ou l'autre des formules précédemment exposées. Appliquons d'abord ici le caractère de distinction fourni par le texte de Paul, par la loi 3, D., *De servit.* Il est clair que, dans l'espèce, la *superficies* n'est point affectée, qu'il n'y a pour aucun des deux fonds règlement d'un certain état de superficie. C'est bien le cas de dire, ou jamais, que la servitude prend sa consistance dans le sol, indépendamment de toute construction, plantation, édification ou superposition quelconque. Nous voici donc autorisé à qualifier cette servitude comme étant rurale. — Vous êtes dans l'erreur, nous diront cependant les auteurs, qui ont créé cette division étrangère aux usages romains, d'après laquelle on doit examiner si la servitude consiste *in faciendo* par opposition au cas où elle consisterait soit *in habendo,* soit *in prohibendo,* dernière hypothèse qui est la nôtre. Rappelons-nous que toute servitude, ayant pour objet d'interdire au propriétaire tel ou tel acte sur son fonds, toute servitude négative, en un mot, appartiendrait à la classe des servitudes urbaines. Il faudra donc, si l'on adopte cette théorie, refuser à notre servitude le caractère rural, et l'envisager comme une servitude urbaine. — Toutefois, si nous nous arrêtons à ce parti, nous serons blâmés par les partisans du système n° 3, qui veulent que l'on se préoccupe uniquement de cette question : la servitude peut-elle se concevoir sans que l'idée de construction se présente à l'esprit? Force est bien de reconnaître que la servitude dont il s'agit se comprend parfaitement sans éveiller le moins du monde l'idée de construction. — En dernière analyse, dans la doctrine qui critique l'interprétation admise par l'art. 687 du Code Napoléon, on est fort embarrassé pour classer cette servitude, qui se trouve ainsi ballottée d'une catégorie à l'autre, sans qu'on puisse savoir

[1] L. 15, pr. D., *De servit.* De même, Ulpien, L. 1, § 28, D., *De aq. quot.*, déclare licite l'arrangement suivant : « *Si quis hoc cesserit, ne liceat* « *sibi aquam quærere, ea cessio valet.* »

quel est en définitive le vrai caractère qui doit lui être attribué.

23. Objectera-t-on que, dans notre système, la nature de cette servitude ne peut pas être déterminée d'une manière fixe, puisqu'elle devrait se présenter tantôt comme rurale, tantôt comme urbaine, selon que l'eau dont la jouissance est assurée sans crainte de diminution servirait à fertiliser un fonds rural ou à satisfaire les besoins des habitants d'une maison? Nous admettons, en effet, que c'est la qualité du fonds dominant qui, dans les idées romaines, devait servir à dénommer la servitude. Il suit de là, il est vrai, que le même genre d'asservissement pouvait donner lieu soit à une servitude rurale, soit à une servitude urbaine. Mais cette conséquence n'a rien qui nous effraye, et nous aurons bientôt à constater que la possibilité de ce double caractère pour la même servitude ressort invinciblement de plusieurs textes des Pandectes.

24. Ici cependant se présente la difficulté que nous avons déjà signalée, consistant en ce qu'il impliquerait contradiction, étant donnée telle espèce de servitude, d'appliquer suivant les cas une règle différente, notamment en ce qui concerne l'extinction du droit. On sait que sur ce point les servitudes urbaines n'étaient pas traitées en principe comme les servitudes rurales, les premières exigeant l'*usucapio libertatis*, tandis que les dernières périssaient par le simple non-usage. Nous répondrons dès à présent, sauf à revenir plus tard sur l'ensemble de la question, qu'à nos yeux, l'*usucapio libertatis* étant nécessaire toutes les fois que la servitude suppose le règlement de tel état de fait qui doit subsister entre les deux fonds, nous n'hésitons pas à dire que, si exceptionnellement un pareil rapport se rencontre à la suite de la constitution d'une servitude rurale, il faut appliquer alors la règle qui admet comme point de départ de la libération *tempore* un acte contraire à la servitude de la part du propriétaire du fonds assujetti. En cela nous sommes d'accord, quant à l'appréciation de la servitude *aquam non quærere* au point de vue de l'extinction, avec ceux qui qualifient urbaine toute servitude consistant *in prohibendo*. Nous ne concevrions pas effectivement que l'on exigeât moins pour la perte d'une servitude portant interdiction de fouiller dans son fonds que si la servitude entraînait interdiction de

bâtir ou de planter. Toute raison nous échappe pour établir une différence entre les deux cas.

25. Quant à ceux qui pensent que la servitude *aquam non quærere* doit toujours être rurale, soit parce qu'elle est *in solo consistens*, soit parce qu'elle n'emporte pas avec elle l'idée de constructions, appliqueront-ils ici la règle de l'extinction par le non-usage? Le propriétaire d'une maison où se trouve un puits craint que le propriétaire de la maison voisine, en creusant chez lui pour y découvrir une source, ne coupe en partie les veines qui alimentent le puits existant. En conséquence, il s'arrange avec son voisin, et obtient de lui qu'il s'abstiendra de fouiller dans son terrain de manière à y ouvrir un puits. La servitude étant rurale, faut-il admettre que, si la maison dominante était restée, à l'époque classique, pendant deux ans sans être habitée, la servitude se trouverait éteinte *non utendo?* J'ignore si nos adversaires iront jusque-là. Peut-être essayeront-ils de dire que dans notre hypothèse il ne peut être question de non-usage, attendu que la possession de la servitude se continue *ipso facto*, tant que des fouilles ayant pour but de découvrir une source n'auront pas été pratiquées dans le fonds servant. Décider ainsi, ce serait en réalité exclure le *non usus*, et donner, quant au mode d'extinction, à une servitude rurale le caractère d'une servitude urbaine. On aurait, dès lors, mauvaise grâce à nous critiquer, si nous traitons quelquefois une servitude rurale d'après les principes des servitudes urbaines, puisqu'on userait du même procédé. Seulement, si nous agissons de la sorte, c'est parce que nous remontons au motif pour lequel est exigée l'*usucapio libertatis*, motif qui, existant habituellement pour les servitudes urbaines, est néanmoins susceptible de se rencontrer à l'égard de telle servitude rurale. Si l'on veut, au contraire, s'attacher absolument à cette idée que toute servitude, par cela seul qu'elle est rurale, sans distinguer en quoi elle consiste, doit nécessairement s'éteindre *non utendo per biennium*, nous croyons qu'il serait vrai de prétendre que deux années s'étant écoulées pendant lesquelles la maison dominante est restée inhabitée, il n'y a eu aucune utilité retirée du plus grand volume d'eau que procurait le défaut de fouilles de la part du voisin, ce qui devrait entraîner l'extinction de la servitude demeurée stérile durant le temps voulu.

26. Il est temps d'arriver aux textes qui nous paraissent établir que les Romains ne répugnaient pas à cette proposition, déclarée cependant tout à fait condamnable, savoir que la même espèce d'assujettissement pouvait jouer le rôle tantôt d'une servitude rurale, tantôt d'une servitude urbaine. Occupons-nous d'abord de la servitude de passage. Elle était du nombre de celles dont la possession était protégée par un interdit particulier, qui fait l'objet du titre 19, liv. XLIII, aux Pandectes. Or Ulpien, au § 1 de la loi 1, nous apprend que cet interdit s'appliquait uniquement aux servitudes rustiques. « *Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas* TANTUMMODO *servitutes.* » Ne serait-il pas complétement oiseux, je le demande, de circonscrire la portée de cet interdit aux servitudes rurales exclusivement (*rusticas tantummodo*), s'il ne pouvait exister de servitudes de ce genre qui fussent urbaines? La restriction de l'interdit *de itinere* aux *servitutes rusticæ* entraîne forcément cette idée qu'il y en a qui sont *non rusticæ*, c'est-à-dire *urbanæ*. En effet, dans le système qui veut que le droit de passage, quel que soit le *prædium* dont il ménage l'accès, constitue toujours une servitude rurale, on ne s'explique pas qu'Ulpien prenne la peine de dire que l'interdit *de itinere* ne compète pas en dehors des *servitutes rusticæ* de passage, puisqu'il n'y en aurait pas d'autres; le *tantummodo* serait un non-sens. L'observation du jurisconsulte est, au contraire, très-utile, du moment où l'on admet la possibilité d'un *iter urbanum;* et c'était là assurément la pensée d'Ulpien. Nous verrons, en effet, tout à l'heure qu'à l'occasion d'un autre interdit relatif à la servitude d'aqueduc, le même jurisconsulte reconnaît formellement que cette servitude peut se présenter tout aussi bien comme *urbana* au profit d'un *prædium urbanum* que comme *rustica* au profit d'un *prædium rusticum*, et que dans cette hypothèse il n'y a plus lieu à faire de distinction, l'interdit *de aqua quotidiana* recevant son application en faveur d'une servitude d'aqueduc urbaine de même qu'en faveur d'une servitude d'aqueduc rustique. Ce rapprochement nous fournit le sens du § 1, L. 1, *De itin.;* il faut dire de l'interdit *De aqua quot.* : *Pertinet ad tuendas sive rusticas, sive urbanas servitutes*, et non pas *ad rusticas tantummodo servitutes.*

27. La mention d'un *iter urbanum* se rencontre-t-elle quel-

que part dans les Pandectes? Je n'argumenterai pas, pour démontrer l'affirmative, de la loi 14, D., *Comm. præd.*, où il est dit que rien n'empêche de limiter aux heures de jour l'exercice d'un *iter*, ce qui est même une nécessité *circa prædia urbana*. Je crois bien que Julien, auteur de ce texte, avait en vue un *iter urbanum*, c'est-à-dire donnant accès à un bâtiment; car on ne comprendrait guère un passage à travers des bâtiments pour exploiter un champ. Toutefois ce fragment n'est pas concluant, parce qu'on peut dire que la nature du fonds servant, le seul qui soit ici qualifié, est indifférente même dans notre système, et qu'après tout Julien ne dit pas que l'*iter* dont il parle fût un *iter urbanum*. Mais le doute sur la question est-il possible en présence du passage suivant de Paul, formant le § 1 de la loi 20, D., *De servit. præd. urban.*: « *Si domus mea* « *altior tua area esset, tuque mihi per aream tuam in domum* « *meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam* « *per aream tuam esset, vel gradus, vel clivos, propius januam* « *meam jure facere possum, dum ne quid ultra quam necesse est,* « *itineris causa demoliar.* » Ainsi ma maison ayant son rez-de-chaussée plus élevé que la cour de mon voisin, j'obtiens de celui-ci le droit de passer par sa cour pour arriver chez moi; comme l'accès de plain-pied n'est pas possible, je suis autorisé à pratiquer des degrés ou à établir une pente, pourvu que je n'occupe pas plus de terrain qu'il n'est nécessaire pour ménager une entrée à ma maison. Si l'on ne voit point dans ces circonstances une servitude urbaine, comment se fait-il que notre fragment ait été inséré sous la rubrique *De servit. præd. urb.*, où il figure au milieu de textes qui sont tous relatifs à des servitudes urbaines? Aussi le jurisconsulte suppose-t-il qu'il y a eu *in jure cessio* et non pas seulement mancipation. N'y a-t-il pas d'ailleurs satisfaction à chacune des exigences qui, d'après les différentes formules que nous connaissons, formeraient l'élément indispensable pour constituer les servitudes urbaines? Veut-on que le propre de celles-ci soit de consister *in superficie*, il est évident que dans notre cas la *superficies* de l'*area* où s'exerce le passage est disposée de manière à rendre ce passage praticable. — Doit-on considérer l'espèce de faculté que confère la servitude : nous dirons alors qu'il y a *servitus habendi*, ou *in habendo*, puisque le propriétaire du fonds dominant est autorisé à établir des degrés et à

imposer de la sorte au fonds servant un ouvrage permanent. — S'arrêtera-t-on enfin à ce signe distinctif que des constructions sont nécessaires : il nous semble que cette condition est remplie; car il existe des degrés pour la solidité desquels il faudra recourir à l'emploi de la pierre. Quel que soit, par conséquent, le système que l'on adopte, on arrive toujours à reconnaître dans notre hypothèse un *iter urbanum*. Seulement, à nos yeux, la servitude a ce caractère pour un autre motif, à savoir parce que le fonds dominant est un *ædificium*, un *prædium urbanum*, ce qui nous permettrait de qualifier la servitude de la même façon, bien qu'il n'eût pas fallu donner un certain état à la superficie, ou établir une œuvre à demeure, ou faire quelque construction.

28. La possibilité du double caractère, soit rural, soit urbain, apparaît plus clairement pour une autre servitude fort importante, que les jurisconsultes ont l'habitude de joindre à l'*iter*, à l'*actus*, et à la *via*, quand ils énumèrent les principales servitudes rustiques : nous voulons parler de la servitude d'aqueduc. Que la servitude en question fût admise cependant par les Romains comme pouvant être urbaine, c'est ce qui est incontestable, d'après un texte bien connu d'Ulpien, la loi 11, § 1, D., *De Publ. act.*, où le jurisconsulte, énonçant l'application de l'action Publicienne aux servitudes urbaines, se borne à citer pour exemple la servitude d'aqueduc : « *Itemque servi-* « *tutibus urbanorum prædiorum..... forte si per domum quis* « *suam passus est aquæductum transduci.* » Comment concevoir qu'Ulpien ait pu faire entrer au nombre des urbaines cette servitude qui, appartenant ordinairement à la classe des servitudes rurales, devrait, dans l'opinion que nous combattons, rester rigoureusement enfermée dans cette catégorie? Ici le désarroi est grand dans le camp de nos adversaires. Faut-il voir là, avec Noodt, une interpolation de Tribonien? Notre savant Doyen[1] estime que cette conjecture n'est nullement fondée, et il pense que la *servitus aquæductus* était, suivant les cas, tantôt rustique, tantôt urbaine. Seulement il s'abstient d'expliquer comment il entend la chose, et nous laisse ainsi le regret de ne pouvoir compter d'une manière certaine sur

[1] *Commentaire du livre VI des Pandectes*, p. 542.

son suffrage, qui nous serait précieux pour nous confirmer dans la bonté de notre théorie. Toujours est-il que M. Pellat ne considère point comme une hérésie cette proposition que telle espèce de servitude serait susceptible de se présenter tantôt comme rustique, tantôt comme urbaine.

29. Quant aux auteurs qui repoussent une pareille idée, ils sont loin de s'entendre sur l'interprétation de la loi 11, § 1. Notre éminent collègue, M. Ortolan [1], est d'avis que le droit de conduire de l'eau sur le sol serait rural, mais que, sur un édifice, il serait urbain. Il détermine ainsi, d'après la nature du fonds servant, le caractère de la servitude, procédé tout à fait contraire au langage des Romains, ainsi que nous l'avons fait observer. Molitor [2], pour décider si la servitude d'aqueduc est rurale ou urbaine, a imaginé de distinguer si la conduite d'eau est telle qu'il faille le fait de l'homme souvent réitéré pour dériver l'eau, cas où il serait évident que la servitude est rurale; et il invoque, afin de baser cette distinction, la loi 1, § 1, D., XLIII, 20, qui, comme nous le verrons, ne contient rien de ce qu'il y trouve. Si, au contraire, ajoute cet auteur, le canal a changé en même temps l'état de la superficie, s'il a été construit en pierres, et que l'eau coule continuellement, la servitude est urbaine par sa nature. Notons qu'en définitive Molitor aboutit à ce résultat que la même servitude se prête à l'un et à l'autre caractère. M. de Vangerow [3], pour se tirer d'affaire, décompose la servitude d'aqueduc en deux servitudes, dont chacune aurait un caractère différent. Envisagée relativement au fonds où se trouve la source, elle constituerait une *servitus faciendi*, et serait une servitude rurale; envisagée par rapport au fonds sur lequel sont posés les tuyaux, elle formerait une *servitus habendi*, et serait dès lors une servitude urbaine. Cette complication est tout à fait inadmissible; elle crée arbitrairement une troisième catégorie de servitudes mixtes ou complexes, qui n'a jamais été soupçonnée par les Romains, et dont il faudrait inventer les règles. En général, la servitude d'aqueduc grèvera un fonds unique, duquel l'eau sera tirée, et sur lequel elle passera en même temps pour arriver au fonds do-

[1] *Explication historique des Instituts*, 7e édit., p. 319, note 2.
[2] *La possession, la revendication, etc.*, p. 335.
[3] *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, § 339, nº 5.

minant. Il y aura donc à la fois pour le fonds assujetti *servitus faciendi et servitus habendi*, c'est-à-dire servitude rurale et urbaine, espèce de droit qu'on ne trouve nulle part indiquée. Aussi notre judicieux collègue M. Demangeat n'a pu se résoudre à admettre cette explication de l'illustre professeur d'Heidelberg, et il se résout à dire [1] que la servitude d'aqueduc, rustique de sa nature, pourrait être urbaine, si par exemple l'eau était destinée à l'usage des personnes qui habitent une maison. Ne sommes-nous pas dès lors autorisé, et nous serions heureux de pouvoir le faire, à compter M. Demangeat comme partisan de notre doctrine? Nous n'exigeons pas, en effet, autre chose pour constituer une servitude à l'état d'urbaine, si ce n'est cette circonstance que le service est dû en faveur d'un bâtiment. Or, si cette considération est décisive en ce qui concerne la servitude d'aqueduc, pourquoi restreindre cette influence à une servitude isolée, et ne point lui attribuer un caractère général?

30. Si le lecteur est fatigué des divergences qu'a fait éclater l'appréciation de la servitude d'aqueduc, qu'il veuille bien, pour trancher la question, prendre un guide plus sûr que tous les commentateurs anciens ou modernes, et s'en rapporter à Ulpien, dont le langage est si clair qu'on peut s'étonner de l'obscurité que les interprètes sont parvenus à répandre sur ce point. Voici comment il s'exprime dans la loi 1, § 11, D., *De aq. quot.* : « *Illud quæritur, utrum ea tantum aqua his inter-* « *dictis contineatur, quæ ad agrum irrigandum pertinet; an* « *vero omnis, etiam ea, quæ ad usum quoque et commodum* « *nostrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur.* « *Propter quod etiam si in urbana prædia quis aquam ducere* « *velit, hoc interdictum locum habere potest.* » Ce passage est emprunté au même ouvrage que la loi 1, § 1, D., *De itin.*, au commentaire d'Ulpien sur le livre LXX de l'Édit. Un peu plus haut, le jurisconsulte avait fait observer que l'interdit *De itinere* ne protégeait que la possession des servitudes de passage rustiques, ce qui excluait tacitement mais nécessairement les servitudes urbaines de la même espèce. Quand il arrive aux interdits *De aqua quotidiana et æstiva*, il se demande si les interdits usités en cette matière ne s'appliquaient pareillement

[1] *Cours élémentaire*, t. II, p. 502.

qu'à l'aqueduc ayant pour but l'irrigation d'un champ, qu'à la servitude d'aqueduc rustique, ou si l'on devait les étendre à la servitude d'aqueduc fournissant de l'eau pour l'usage de certaines personnes, c'est-à-dire des habitants d'une maison, en un mot au cas où la servitude serait urbaine. Sa réponse est qu'il n'y a pas de distinction à faire, ce qu'il présente comme un point de jurisprudence constant (*hoc jure utimur*), de telle sorte que l'aqueduc destiné à alimenter un bâtiment, un *prædium urbanum*, rentrerait sous le domaine de l'interdit.

31. Cette opposition entre les deux classes de servitudes, suivant que l'eau *ad irrigandum agrum pertinet*, ou bien *ad usum et commodum nostrum*, est parfaitement en harmonie avec les expressions consacrées à Rome pour qualifier les servitudes. Comme il s'agit de droits appartenant à tel ou tel héritage, de qualités avantageuses pour le fonds dominant, que la *servitus* est *urbano vel rustico prædio debita* (voir Ulpien, L. 6, D., *De fund. dot.*), le jurisconsulte désigne la servitude rustique quand il parle de l'*aqua pertinens ad agrum irrigandum*, de même qu'il indique une servitude urbaine quand il parle de l'eau *quæ in urbanum prædium ducitur*. Il ne se préoccupe point, comme le veut M. Ortolan, de savoir si l'eau est conduite à travers un bâtiment; il ne recherche point, ainsi que le lui fait dire Molitor, si le fait de l'homme doit ou non être souvent réitéré pour faire couler l'eau; il laisse aussi peu soupçonner qu'il y ait lieu, suivant le système de M. de Vangerow, à distinguer le fonds d'où l'eau est tirée, pour imposer à ce fonds une servitude rurale, et le fonds sur lequel coule l'eau, afin de grever ce fonds d'une servitude urbaine. Le rapprochement des deux textes d'Ulpien, l'un ayant trait à l'interdit *De itinere*, l'autre à l'interdit *De aqua quot.*, met en pleine lumière, si nous ne nous abusons, le caractère distinctif des deux classes de servitudes, reposant uniquement sur la nature de l'héritage dominant. La seule remarque qu'il y ait à faire, c'est que la possession de l'*iter urbanum* n'était point, à l'instar de l'*aquæductus urbanus*, protégée par un interdit, ce qui doit s'expliquer probablement par le peu de fréquence de l'*iter urbanum*, tandis que les conduites d'eau servant à défrayer les besoins des habitants d'une maison paraissent, au contraire, avoir été assez communes dans les usages romains.

32. La discussion à laquelle nous nous sommes livré sur la nature de la servitude d'aqueduc nous a conduit à cette conclusion qu'il n'y a d'autre procédé raisonnable pour séparer l'aqueduc, servitude rurale, et l'aqueduc, servitude urbaine, que celui qui tient compte de la qualité du fonds dominant. Ce résultat, qui nous paraît à l'abri de controverse sérieuse, nous donne la clef de tout le système romain quant à la démarcation des deux classes de servitudes. Du moment où l'on est forcé d'admettre notre théorie comme exacte à l'occasion de la servitude d'aqueduc, nous n'apercevons pas, ainsi que nous l'avons déjà dit, pourquoi ce signe de distinction, bon pour la servitude d'aqueduc, cesserait d'avoir cette qualité à l'égard d'une servitude d'une autre espèce. Il faudrait donc dire alors que l'aqueduc constitue une servitude exceptionnelle, rebelle à la règle générale, et qu'ainsi il y aurait deux procédés à suivre pour se fixer sur le caractère d'une servitude.—Quant au point de vue sous lequel la loi 3, D., *De servit.*, envisage les servitudes, en disant qu'elles consistent tantôt *in solo*, tantôt *in superficie*, nous sommes persuadé que Paul, auteur de ce texte, ne s'occupait pas de chercher une autre division pour supplanter la division traditionnelle, dont les termes auraient pu prêter à équivoque. Il voulait seulement indiquer cette idée que pour certaines servitudes il se rencontre un état de possession indubitable, qui fait défaut pour d'autres servitudes; et nous aurons à revenir sur ce point, en étudiant les règles qui différenciaient les deux sortes de servitudes quant à leur acquisition ou leur extinction.

33. La doctrine qui a le plus de faveur aujourd'hui, et suivant laquelle toute servitude qui peut se comprendre indépendamment de constructions doit être une servitude rurale, cette doctrine a le tort de considérer la servitude en quelque sorte *in abstracto*, comme si elle pouvait exister isolément du sujet en faveur duquel elle est créée. Ainsi, dit-on, le fait de passer se conçoit sans que des bâtiments soient nécessaires pour qu'un passage s'exerce. — Nous ferons observer qu'en matière de servitude, le passage n'est qu'un moyen afin d'atteindre un but, et que ce but, qui donne sa véritable utilité à la servitude, sera tantôt de faciliter l'exploitation d'un terrain cultivable, tantôt de faciliter la jouissance d'une maison. Comme

il ne saurait y avoir établissement d'une servitude sans désignation des deux fonds qui sont mis en rapport, il est sensible que la concession d'un droit de passage n'est efficace qu'autant que l'héritage au profit duquel le passage doit être exercé sera déterminé, et que dès lors, si l'héritage dominant est un bâtiment, un *prædium urbanum*, on arrive à avoir une servitude qui est inséparable de l'idée de constructions, puisque c'est précisément pour ménager l'accès d'un terrain construit que la servitude aura été constituée. Il ne nous paraît donc pas exact de prétendre que là où il y a droit de passage pour arriver à des bâtiments l'idée de constructions reste étrangère à la servitude. C'est là une particularité qui influe puissamment, comme nous l'avons dit plus haut[1], sur la portée de la servitude, sur sa gravité. N'y voir qu'un élément indifférent, c'est faire bon marché d'une circonstance qui a dû être décisive pour fixer les conditions moyennant lesquelles la servitude a été concédée.

34. Quant à cette objection, que la servitude ne peut changer de nature, suivant que le propriétaire du fonds dominant bâtirait là où il n'y avait pas de constructions ou démolirait les constructions qui existaient d'abord, nous répondrons que les conséquences des modifications apportées au fonds dominant doivent être appréciées d'après cette règle : le propriétaire de l'héritage dominant ne peut rien faire qui aggrave la servitude, tandis qu'il lui est permis de la rendre moins onéreuse. Un droit de passage a été concédé en vue de l'exploitation d'une prairie ou d'une vigne; n'est-il pas évident que si le propriétaire dominant vient à construire une maison d'habitation sur ce terrain, il métamorphosera complétement la servitude, et qu'il ne pourra prétendre à imposer au fonds servant une aggravation aussi considérable? Les Romains décidaient bien (voyez L. 13, pr. D., *De serv. præd. rust.*) que si un passage avait été concédé au profit d'un fonds cultivé d'une certaine manière, il était permis, à moins de convention contraire, de changer le mode de culture. Mais une réserve expresse n'aurait pas été nécessaire pour empêcher la substitution d'un *prædium urbanum* à un *prædium rusticum*. C'eût été dénaturer la servitude, et transformer un *iter rusticum* en un *iter*

[1] Voir n° 11.

urbanum, distinction que nous avons vue implicitement consacrée dans la loi 1, § 1, D., *De itin.*

35. La dernière partie de notre tâche consistera à examiner les règles différentes que la législation romaine avait admises en matière de servitudes, et pour l'application desquelles les textes nous disent qu'il fallait distinguer selon que les servitudes étaient rurales ou urbaines. Nous aurons à voir si la diversité de ces règles peut s'accorder avec le système que nous défendons comme ayant toujours persisté, système qui prend pour base la qualité de l'héritage dominant.

36. L'intérêt qui s'attachait dans la législation romaine à la distinction des servitudes prédiales en rustiques et urbaines était analogue à celui qu'offre dans notre droit actuel la division tirée de la continuité ou de la discontinuité. Il fallait rechercher à quelle classe appartenait la servitude, pour décider, soit de quelle manière elle pourrait se constituer, soit d'après quelles règles elle pourrait s'éteindre. Nous trouvons en outre un autre point de vue, sous lequel il paraît encore que les jurisconsultes romains avaient jugé à propos de séparer les servitudes rustiques des servitndes urbaines, savoir quant à la possibilité de faire d'une servitude l'objet d'un *pignus* ou d'une *hypotheca*. Nous nous occuperons d'abord de cette dernière différence, qui devait être assurément en pratique de bien peu d'importance, et qui a été justement repoussée dans le droit moderne. L'extension à cette matière de la faculté d'hypothéquer semble, en effet, être incompatible avec les principes essentiels des servitudes. Aussi verrons-nous que ce n'était qu'improprement qu'on pouvait dire chez les Romains qu'il y avait une servitude constituée en *pignus* ou *hypotheca*.

37. Les seuls textes qui fassent mention de cette différence sont la loi 11, § 3, et la loi 12, D., *De pign. et hyp.* Dans le premier de ces fragments emprunté à Marcien, l'impossibilité d'un *pignus*, et conséquemment d'une *hypotheca*, est établie positivement à l'égard des servitudes urbaines : « *Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint.* » Les compilateurs ont fait suivre immédiatement cet extrait des œuvres de Marcien d'un passage de Paul, qui regarde au contraire comme valable

une convention de *pignus* à l'occasion des servitudes qui figurent ordinairement à titre d'exemple des servitudes rustiques; il y a, dit le jurisconsulte, avantage à admettre cette validité : « *Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio* « *locum habeat, videndum esse Pomponius ait ut talis pactio fiat* « *quamdiu pecunia soluta non sit eis servitutibus creditor utatur,* « *scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum* « *pecunia soluta non sit vendere eas vicino liceat. Quæ sententia* « *propter utilitatem contrahentium admittenda est.* »

38. Ainsi, quand un créancier avait un fonds voisin de celui de son débiteur, il était permis, dans les idées romaines, de convenir qu'un droit de passage (avec la portée différente indiquée par les expressions *iter, actus, via*) ou un droit d'aqueduc serviraient de gage pour l'acquittement d'une dette. En ce cas, le créancier jusqu'à l'échéance exerçait le passage, ou usait de l'eau dans l'intérêt de son fonds; à défaut de payement au jour fixé, le créancier se procurait de l'argent en vendant la servitude à un voisin. — Prenons garde que cette condition d'avoir un héritage voisin n'était requise chez le créancier qu'autant qu'il s'agissait de la *conventio pignoris,* pour laquelle une mise en possession était exigée; dans l'espèce, la possession consistait dans l'usage du droit de passage ou de prise d'eau au profit du fonds propre au créancier, et en attendant le terme fixé pour le payement. Il n'y avait là cependant qu'une situation provisoire, et la servitude dont le prix devait servir à désintéresser le créancier n'apparaissait en réalité qu'au moment où celui-ci s'arrangeait avec un acheteur pour le fonds duquel se trouvait établie la servitude dont la constitution avait été autorisée à titre de *pignus* par le débiteur. C'était là le but véritable de la convention en définitive; et dès lors l'utilité de cette convention se conçoit très-bien, quoiqu'elle intervînt avec un créancier dépourvu de tout héritage voisin. Seulement, vis-à-vis un pareil créancier, il ne fallait pas songer à un *pignus* proprement dit, puisqu'ici il n'y aurait pas eu moyen de créer un état de possession. Mais du moins il n'y avait aucun obstacle à la conclusion d'une convention d'hypothèque, pour laquelle l'avantage d'une possession conférée au créancier était inutile. Quand il y avait engagement d'une servitude, la sûreté fournie au créancier ne consistait point dans la valeur vénale d'une servitude déjà constituée au moment de l'engage-

ment, mais dans le profit pécuniaire à retirer de la faculté de concéder *in futurum* sur le fonds du débiteur telle ou telle servitude en faveur d'un acquéreur inconnu à l'avance. Au point de vue de l'*hypotheca*, la condition pour le créancier d'être propriétaire d'un fonds voisin était donc tout à fait indifférente, puisque ce n'était pas au profit d'un immeuble appartenant au créancier que devait être constituée la servitude à intervenir. Il suffisait, en effet, de trouver un propriétaire voisin qui pût s'accommoder de la servitude en question; et il est clair que pour trouver quelqu'un à la convenance duquel fût la chose à vendre, il importait peu que le créancier fût ou non propriétaire d'un fonds avoisinant celui qui était destiné à jouer le rôle de fonds servant.

39. On voit que, entendue de la sorte, la faculté d'hypothéquer, dans son application aux servitudes, ne confère nullement au créancier le droit de détacher du fonds dominant une servitude déjà constituée pour la transporter à prix d'argent au propriétaire d'un autre fonds. Une semblable opération est impossible, puisque toute servitude prédiale est une qualité de l'héritage dominant auquel elle est inséparablement unie. Quand une servitude existe, elle augmente la valeur du fonds dominant; celui-ci étant hypothéqué, elle sera sans doute vendue en même temps que le fonds dont elle est une dépendance; et, suivant son importance, elle formera un élément plus ou moins considérable dans le prix obtenu par le créancier hypothécaire. Mais on ne saurait évidemment admettre qu'un débiteur, propriétaire d'un fonds jouissant d'une servitude, autorisât son créancier à distraire cette servitude de l'héritage auquel elle appartient pour en faire l'apanage d'un autre héritage. Ce serait anéantir la servitude primitive pour la remplacer par une servitude différente, transformation qui excède les droits du propriétaire dominant, et qui ne serait praticable qu'avec l'agrément du propriétaire du fonds servant. Il ne faut donc pas s'y tromper : là où chez les Romains l'*hypotheca* avait pour objet une servitude, la chose à vendre était une *res futura*, n'ayant pas encore d'existence au moment de la convention d'hypothèque, et qui ne prenait naissance qu'à la suite d'une vente opérée à son profit par le créancier agissant en vertu de la faculté qui lui avait été concédée par le débiteur propriétaire de l'immeuble à grever. Par l'effet de ce

contrat, l'acheteur avait le droit d'obtenir l'exécution de la vente, comme si elle eût été consentie personnellement par le propriétaire. C'est alors seulement qu'il pouvait être question d'une servitude, parce qu'alors seulement on connaissait l'un des deux termes du rapport entre héritages appelé servitude, c'est-à-dire le fonds dominant. Il fallait de plus pour la constitution de la servitude une quasi-tradition, ce qui aurait été suffisant *jure prætorio*; la servitude n'aurait existé *jure civili* qu'au moyen d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio* effectuée par le débiteur. La circonstance qu'un *pignus* aura pu être établi, si par hasard le créancier était propriétaire d'un héritage voisin, ne modifie en rien le résultat définitif, qui sera toujours une vente dont l'exécution amènera la création d'une servitude en faveur du fonds de l'acheteur qui se présentera, servitude tout autre que celle qui aura été exercée intérimairement jusqu'à l'échéance de la dette au profit du fonds propre au créancier. Sans doute la possession conférée au créancier gagiste ne portait pas sur l'objet même du *pignus*, tel qu'il se produisait postérieurement à la vente; mais, étant admise la possibilité d'*engager* une servitude, on procédait comme on pouvait, par mode d'approximation, parce qu'il n'y avait pas moyen de faire autrement.

40. Si l'on veut maintenant apprécier l'opportunité de cette espèce d'hypothèque, qui avait été admise, prétend-on, *propter utilitatem contrahentium*, on a peine à comprendre que les Romains aient imaginé qu'un pareil expédient constituât un sérieux moyen de crédit. Il n'y a là, à notre gré, qu'une conception malheureuse, également désastreuse pour les intérêts du créancier et pour ceux du débiteur. Le créancier tirera, en général, un faible parti de la faculté qu'il a reçue de vendre une servitude, la valeur vénale de toute chose dépendant du nombre de personnes qui peuvent avoir besoin de la marchandise. Ici la chose à vendre est telle que la concurrence entre acheteurs sera toujours extrêmement limitée. La servitude offerte ne sera à la convenance que de très-peu de gens, peut-être d'un seul propriétaire qui sera en mesure de faire la loi au vendeur et d'obtenir la servitude à très-bas prix. D'un autre côté, le débiteur verra sa propriété subir un avilissement considérable peut-être, sans être dédommagé suffisamment. S'il eût été maître de vendre, il n'aurait grevé son fonds que

moyennant une juste indemnité. Mais peu importe au créancier la dépréciation de l'immeuble à assujettir, dépréciation qui frappera sur la masse des créanciers. Ce qu'il lui faut, c'est obtenir un prix qu'il ait le droit de prendre seul; et il a encore avantage à se soumettre aux exigences de l'acquéreur unique qu'il pourra rencontrer plutôt que de laisser son hypothèque improductive. Tolérer de semblables arrangements, c'est autoriser le gaspillage de la propriété, en permettant sans compensation raisonnable la création de droits réels fort onéreux la plupart du temps pour l'avenir du fonds servant [1].

41. Quelque condamnable que soit d'une façon absolue la faculté d'hypothéquer portant sur une servitude à créer, nous voyons du moins que les Romains n'avaient validé une convention de cette nature qu'à l'égard des servitudes rustiques, et qu'elle était interdite quant aux servitudes urbaines. Tandis que relativement à ces dernières la proscription est établie sans aucune restriction dans la loi **11, § 3**, nous savons par la loi **12** que l'hypothèque était envisagée comme licite pour les servitudes rurales, notamment pour les différents droits de passage et pour le droit d'aqueduc, servitudes qui dans les œuvres des jurisconsultes ouvrent habituellement la liste des

[1] Le droit romain admettait aussi l'hypothèque à l'égard d'un usufruit, non-seulement de la part de l'usufruitier, ce qui est également autorisé par notre législateur, mais encore de la part du plein propriétaire (*sive dominus proprietatis convenerit*, voir L. 11, § 2, D., *De pign. et hyp.*). Dans cette dernière hypothèse, l'usufruit était-il établi dès l'origine en faveur du créancier, avec faculté pour celui-ci, à défaut de payement, de transférer à un autre moyennant un prix l'exercice de son droit; ou bien l'usufruit n'apparaissait-il qu'à la suite d'une vente effectuée par le créancier, de façon à être assis sur la tête de l'acheteur? Nous croyons que les deux procédés étaient possibles suivant l'intention des parties, et qu'une législation, qui ne reculait pas devant cette idée que le débiteur pouvait se dessaisir au profit d'un créancier de la faculté de constituer une servitude prédiale, aurait traité de la même manière la concession du droit de créer un usufruit. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que ce genre d'hypothèque d'un usufruit ne serait pas praticable dans notre législation. Qui ne voit, en effet, que le mode de vente exigé chez nous pour liquider l'objet hypothéqué, par voie d'enchères, ne serait pas applicable là où la chose vendue n'a pas une valeur égale pour tout acheteur? Si l'on mettait en vente un usufruit à venir, dont le titulaire serait l'adjudicataire, il n'y aurait pas d'enchères possibles, l'appréciation du droit qui va naître devant être fort différente selon que l'adjudicataire serait plus jeune ou plus âgé, doué d'une santé plus ou moins robuste.

servitudes rurales. Voudra-t-on induire de ces deux textes que, contrairement à notre prétention, les servitudes mentionnées dans la loi 12 ne se prêtent pas au caractère urbain, puisqu'elles admettent l'hypothèque dont les *jura prædiorum urbanorum* sont déclarés n'être pas susceptibles? Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit précédemment pour démontrer que des textes positifs autorisaient l'existence desdites servitudes à titre de servitudes urbaines. Seulement il n'y a là qu'un accident, une situation exceptionnelle; il n'est pas douteux en effet que les droits en question étaient bien plus souvent créés pour l'utilité de *prædia rustica*. D'un autre côté, toutes les servitudes ne s'accommodent pas également à rentrer dans l'une ou dans l'autre classe, et l'on ne saurait nier que la plupart des servitudes urbaines (par exemple les servitudes *tigni immitendi*, *oneris ferendi*, *stillicidii vel fluminis recipiendi*) ne peuvent se concevoir qu'existant au profit de bâtiments, et exclusivement à l'état de servitudes urbaines. A nos yeux, la prohibition de l'hypothèque à l'égard de certaines servitudes n'a trait qu'à celles qui sont forcément urbaines. Sur quoi repose effectivement la distinction faite par la doctrine romaine, qui, en matière de servitudes, tantôt admet l'hypothèque, tantôt la repousse? Elle tient assurément à ce que l'hypothèque ne paraissait pouvoir atteindre son but qu'autant que la réalisation de la vente d'une servitude se présentait avec quelque chance de succès, et que l'on pouvait compter que la chose à vendre trouverait divers preneurs. Or la facilité de vendre, quelque étroite qu'elle restât même pour les servitudes aptes au caractère rural, disparaissait complétement quand il s'agissait de servitudes nécessairement urbaines; et c'est uniquement pour celles-ci que l'hypothèque était écartée. S'il est vrai qu'il est permis d'espérer raisonnablement qu'on rencontrera des acheteurs pour une servitude qui convient aux propriétaires de *prædia rustica*, comme une servitude de passage ou de prise d'eau, pourquoi restreindre le marché déjà si resserré dans cette affaire, en excluant un prétendant qui pourrait utiliser la servitude objet de l'hypothèque pour l'attacher à un *prædium urbanum?* Ainsi un débiteur, qui possède une source abondante, a eu l'idée, comme le permettait la législation romaine, d'hypothéquer cette valeur, en autorisant son créancier à vendre une servitude d'aqueduc assise sur cette source. A

quoi bon restreindre la valeur d'un gage déjà si précaire par sa nature, en décidant que la servitude ne pourra être cédée qu'à la condition de servir à l'irrigation d'un *prædium rusticum*, et pourquoi ne pourrait-on accueillir les offres du propriétaire d'une maison qui se proposerait d'acquérir le droit de prise d'eau pour défrayer les besoins des habitants de sa maison, hypothèse où la servitude constituerait, à notre gré, un *jus prædii urbani?*

42. Il n'y a donc aucune objection à tirer contre notre système de la différence observée en droit romain quant à la faculté d'hypothéquer les servitudes. Nous sommes du reste persuadé qu'il devait se trouver bien rarement un créancier disposé à faire crédit en vue d'une servitude qu'il pourrait vendre. Ce n'était point là, on peut l'assurer, le côté utilement pratique de la distinction des servitudes en urbaines et rurales. Attachons-nous particulièrement à examiner la diversité des règles qui existaient quant aux modes de constitution ou d'extinction des servitudes.

43. *Constitution des servitudes.* — Il faut se rappeler ici l'importance attribuée dès les premiers temps de la législation romaine aux servitudes qui avaient pour but de faciliter l'exploitation des biens ruraux, importance qui valut aux servitudes ayant cette destination d'être mises au nombre des *res mancipi*, tandis que les servitudes établies pour l'utilité des bâtiments n'obtinrent pas la même distinction. Gaïus, *Comm.*, II, § 17, Ulpien, *Reg.*, tit. 19, § 1, nous apprennent que parmi les servitudes celles dites *jura prædiorum rusticorum* étaient les seules qui fussent considérées comme étant *res mancipi*[1]. De là cette conséquence que celui qui voulait grever son fonds d'une servitude rurale pouvait employer le procédé de la

[1] Nous ne pouvons nous empêcher, en revenant sur un argument déjà présenté, de faire remarquer que le passage d'Ulpien, consacré à l'énumération des *res mancipi*, distingue très-nettement en quoi consistent les *prædia*, soit *rustica*, soit *urbana* : « *Prædia... tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus.* » Or supposez un droit de passage ou d'aqueduc constitué au profit d'un bâtiment, l'héritage dominant n'en reste pas moins un *prædium urbanum*. Comment concevoir cependant qu'il y ait alors une qualité avantageuse pour un *prædium rusticum*, par suite un *jus prædii rustici*, une *servitus fundo rustico debita?*

mancipatio tout aussi bien que celui de l'*in jure cessio*; cette alternative n'existait pas, au contraire, s'il s'agissait de créer une servitude urbaine. C'est la remarque faite par Gaïus, II, 29 : « *Sed jura prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt;* « *rusticorum vero etiam mancipari possunt*[1]. » Il en résultait que l'aliénation d'une servitude rurale présentait plus de facilité que celle d'une servitude urbaine; la mancipation n'exigeait, en effet, que la présence de cinq citoyens; pour accomplir une *in jure cessio* il y avait nécessité d'aller trouver le magistrat, qu'on n'avait pas toujours sous la main. Aussi Gaïus, II, 25, nous dit-il que toutes les fois que l'objet à aliéner se prêtait à une mancipation, on recourait habituellement à ce mode comme plus aisé que celui de l'*in jure cessio.* « *Ple-* « *rumque tamen et fere semper mancipationibus utimur : quod* « *enim ipsi per nos præsentibus amicis agere possumus, hoc non* « *est necesse cum majore difficultate apud Prætorem aut apud* « *Præsidem provinciæ quærere.* »

44. Pour quel motif les servitudes urbaines étaient-elles exclues de la mancipation admise pour les servitudes rurales? Il est évident que ce problème ne peut se résoudre à l'aide de cette circonstance que la servitude urbaine réveillerait l'idée de constructions, ou impliquerait la nécessité d'un état quelconque de la superficie, toutes les portions du sol italique, bâties ou non, plantées ou non, rentrant dans la classe des *res mancipi.* La seule explication possible doit être empruntée à l'ancienneté relative des deux sortes de servitudes. L'existence de droits de cette nature fut admise de bonne heure comme

[1] L'exclusion de la mancipation n'était vraie, du reste, qu'autant qu'il était question de consommer l'aliénation d'une servitude urbaine, en faisant entrer dans le patrimoine d'un autre ce démembrement de la propriété. Dans l'hypothèse où le propriétaire d'un héritage aurait voulu, lors de l'aliénation de cet héritage, retenir sur celui-ci une servitude urbaine, il aurait pu aboutir à ce résultat au moyen d'une mancipation de son *prædium,* réserve faite de la servitude à créer. Ce qui était aliéné alors, c'était le *prædium* moins la servitude; il y avait par conséquent transmission d'une *res mancipi.* Quant à la servitude retenue, il n'y avait aucune acquisition effectuée; c'était une part de la propriété qui échappait à l'aliénation, et sur laquelle ne portait pas la mancipation. L'observation faite par Gaïus, II, 33, relativement à la possibilité de faire naître un usufruit, chose également *non mancipi,* quand, la nue propriété étant aliénée, l'usufruit reste sur la tête de l'aliénateur, cette observation est parfaitement applicable à l'occasion d'une servitude urbaine.

moyen de favoriser la culture, d'améliorer un *prædium rusticum*. Quant à la constitution de servitudes au profit de bâtiments, des *ædificia*, des *prædia urbana*, elle ne fut sans doute autorisée que plus tard; dans tous les cas, cet élément du patrimoine ne fut pas jugé digne d'être mis au nombre des *pretiosores res*, des *res mancipi* [1].

45. Quel que soit, du reste, le système que l'on adopte pour discerner les deux classes de servitudes, il est incontestable que l'admission pour les unes, le rejet pour les autres de la mancipation ne tenait pas à des caractères particuliers inhérents à la nature même de la servitude, puisque la distinction a survécu à l'emploi de la mancipation. On peut bien s'étonner de voir des choses incorporelles, des *jura* figurer au nombre des *res mancipi*, exception notée par Gaïus, II, 17; en effet, suivant le même auteur, I, 121, le procédé de la mancipation suppose un objet susceptible d'être appréhendé de la part de l'acquéreur : « *Adeo quidem ut eum qui mancipio accipit ad-* « *prehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit : unde* « *etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur.* » Par quel symbole arrivait-on à effectuer la représentation de la chose à acquérir? c'est un point que nous ne discuterons pas. Toujours est-il que la même difficulté existait relativement à l'*in jure cessio*, qui exigeait l'apport devant le magistrat de l'objet aliéné, ou du moins d'une parcelle d'icelui, le cessionnaire devant saisir la chose qu'il allait acquérir, et prononcer les paroles voulues en réalisant la détention de l'objet. Gaïus, II, 24, nous dit : « *Is cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit :* HUNC EGO « HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO. Au fond, il y a la plus grande analogie entre la mancipation et l'*in jure cessio;* nous retrouvons dans l'un et l'autre de ces procédés l'affirmation solennelle du droit de l'acquéreur : *Aio hanc rem esse*

[1] On peut même conjecturer que dans l'origine les servitudes rurales en usage étaient peu variées, et qu'elles consistaient uniquement dans les divers droits de passage et dans l'aqueduc, ce qui rendrait compte de l'habitude des jurisconsultes romains de ne citer que l'*iter*, l'*actus*, la *via* et l'*aquæductus* dans la liste des *res mancipi*. Aussi voyons-nous qu'il y eut quelque hésitation à admettre sur la même ligne les droits de puisage, de pacage, d'abreuvage, comme le prouve la loi 1, § 1, D., *De serv. præd. rust.*, reproduite aux Institutes, liv. II, tit. 3, § 2, ces différents droits n'ayant été vraisemblablement mis en pratique qu'à une époque plus récente.

meam, affirmation qui tantôt se produit devant cinq témoins, tantôt se passe en présence du magistrat, affirmation qui tantôt apparaît comme la création d'un droit nouveau résultant d'un achat qui n'est d'ailleurs qu'imaginaire, tantôt se manifeste sous la forme d'un droit préexistant, susceptible de contestation de la part d'un adversaire, qui en déclinant le débat transfère ainsi au revendiquant ce qu'il ne veut pas lui disputer.

46. Toute servitude prédiale, qu'elle fût rurale ou urbaine, étant considérée comme se prêtant à une *in jure cessio*, on ne voit pas pourquoi les allures de la mancipation n'auraient pas été applicables aux deux classes de servitudes, si les unes et les autres avaient été jugées avoir la même importance. Nous avons dit comment il arriva que les *jura prædiorum rusticorum* furent admis dans la catégorie des choses *mancipi*, par opposition aux *jura prædiorum urbanorum*. Tant que resta en vigueur cette division dans les éléments du patrimoine, il ne nous paraît pas douteux qu'un *iter urbanum* ou un *aquæductus urbanus* n'était pas susceptible d'être créé par voie de mancipation, ce qui ne tenait nullement à la nature du droit, mais à son but, à sa destination. Puisqu'on n'avait égard qu'à l'intérêt de l'agriculture pour élever une servitude au rang des choses *mancipi*, puisqu'on exigeait à cet effet un *jus prædii rustici*, la mancipation devait être mise de côté alors que cet intérêt ne se trouvait pas en jeu, alors qu'il s'agissait d'améliorer, non pas un *fundus*, mais une *domus*, de constituer un *jus prædii urbani*. Mais, on le voit, il n'y avait là qu'un point de vue transitoire, qui a disparu en même temps que l'utilité de la distinction des *res mancipi* ou *non mancipi*, tandis que l'abolition de cette distinction n'a pas entraîné la chute de la division des servitudes en rurales et urbaines. Sans doute, au temps des grands jurisconsultes, la distinction des *res mancipi* ou non n'était pas tombée en désuétude, et les auteurs de cette époque (voir plus haut n° 43) remarquent encore que l'*in jure cessio* pouvait se pratiquer pour les deux classes de servitudes, la mancipation restant exclusivement propre aux servitudes rurales. Nous sommes cependant persuadé que depuis le moment où le droit prétorien prit sous sa protection la quasi-tradition des servitudes, il devint de jour en jour plus fréquent, même en matière de servitudes rurales à l'égard desquelles l'intervention du magistrat n'était pas nécessaire, de se contenter

de la quasi-tradition, qui était admise tout aussi bien pour les servitudes rurales que pour les urbaines.

47. En définitive, il faut reconnaître que déjà à l'époque classique la séparation des deux classes de servitudes, en ce qui concerne leurs modes de constitution, ne présentait plus guère d'intérêt pratique. Vraisemblablement la voie de la quasi-possession, comme beaucoup plus simple, fut préférée habituellement, et l'on cessa de recourir au procédé de la mancipation, bien qu'elle fût possible à raison du caractère rural de la servitude à créer. On ne peut nier d'ailleurs, nous l'avons dit, que la distinction des servitudes n'ait été maintenue quand la division des *res mancipi* et *non mancipi* fut tombée en oubli. Nous sommes donc autorisé à négliger, pour l'appréciation générale de la distinction, cette première différence relative à la constitution des servitudes. Nous avons seulement à nous demander si cette distinction jouait un rôle quant à l'efficacité de la quasi-tradition mentionnée tout à l'heure comme un mode d'établissement des servitudes, au moins d'après le droit prétorien.

48. On sait qu'à cet égard notre législation tient grand compte de la nature des servitudes, l'acquisition par la possession, la prescription étant admise uniquement pour les servitudes qui sont à la fois continues et apparentes, tandis qu'elle est prohibée pour les servitudes auxquelles fait défaut l'un ou l'autre de ces caractères, art. 690 et 691 C. Nap. Certains auteurs ont essayé de faire remonter cette distinction à la jurisprudence romaine, et ils ont invoqué en ce sens la loi 14, *pr.*, D., *De servit.*, où le jurisconsulte Paul, en énonçant que les *servitutes prædiorum rusticorum* ne sont pas susceptibles d'usucapion, motive cette décision, non-seulement sur la nature incorporelle des servitudes rurales, mais encore sur l'absence de la possibilité d'une possession *continue*. Nous aurons plus tard, en étudiant les règles du droit français, à examiner quelle signification il faut donner au caractère de continuité, et à nous demander si l'interdiction absolue de la prescription relativement aux servitudes dites non continues peut se justifier complétement. Pour le moment, il suffit de faire observer que l'identité prétendue quelquefois entre les servitudes urbaines du droit romain et les servitudes continues du droit

français ne saurait aboutir au résultat en vue duquel cette identification a été proposée, savoir la concession quant aux servitudes urbaines de l'usucapion, rejetée seulement quant aux servitudes rurales, par analogie de ce qui se passe chez nous selon qu'il y a continuité ou discontinuité. Les Romains, en effet, mettaient exactement sur la même ligne toutes les servitudes au sujet de leur acquisition par voie d'usucapion. Le premier motif donné par Paul (*Dict.*, L. 14), la nature incorporelle de la servitude s'opposait généralement à ce que l'usucapion pût fonctionner en cette matière : « *Incorporales sunt,* « *et ideo usu non capiuntur.* » Aussi la fin de la loi 14 est-elle aussi positive que possible pour écarter toute différence : « *Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* » On voit dès lors que le texte principal cité pour établir à ce point de vue une distinction entre les deux classes de servitudes, loin de pouvoir servir de base à ce système, en contient au contraire la condamnation expresse.

49. Cette exclusion de l'usucapion, comme mode d'acquérir les servitudes, est parfaitement en harmonie avec la manière dont le droit civil appréciait la possession, que l'on disait ne pouvoir s'appliquer aux choses incorporelles. « *Incorporales* « *res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est,* » porte la loi 43, § 1, D., *De adq. rer. dom.* Cependant il n'en aurait pas toujours été ainsi, puisque nous savons par un fragment de Paul, la loi 4, § 29, D., *De usurp. et usuc.*, qu'à une date inconnue il intervint une loi Scribonia, dont l'effet fut d'abolir la constitution des servitudes par la voie de l'usucapion. En l'absence de documents qui nous éclairent sur la portée qu'a pu avoir l'usucapion appliquée aux servitudes antérieurement à la loi Scribonia, nous regardons comme oiseux de rechercher si elle avait été admise d'une façon générale ou seulement, ainsi que l'assurent quelques auteurs, à l'occasion des servitudes urbaines. Tout système à cet égard serait purement conjectural, et se bornerait à des affirmations qu'il serait également impossible de défendre ou de réfuter. Contentons-nous de ce que nous connaissons avec certitude, savoir qu'à partir de la loi Scribonia il n'y eut plus de place pour l'usucapion en ce qui concerne l'acquisition des servitudes. Mais cette proposition, comme nous l'avons constaté, était vraie pour les deux espèces de servitudes prédiales, de

sorte qu'il n'y avait pas lieu de distinguer sous ce rapport entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines.

50. Néanmoins, à côté de l'interdiction de l'usucapion, à côté de ce principe qu'il n'existait pas quant aux servitudes une possession civile, une possession pouvant conduire à l'usucapion, pour laquelle le laps de deux années aurait suffi, l'usage s'établit, sous l'influence de l'édit du Préteur, de prendre en considération les actes de jouissance pratiqués à titre de servitude. Ici, en effet, le droit, bien qu'incorporel, se manifestait par des faits qui tombaient directement sous les sens, et dont la preuve ne présentait pas plus de difficulté que celle de l'exercice de la propriété, c'est-à-dire de la possession proprement dite. On se contenta de qualifier *quasi-possession* l'exercice du droit de servitude; mais, à part ce scrupule de langage, la possibilité d'une tradition fut reconnue, et le vendeur d'une servitude faisait délivrance à l'acheteur, en le mettant à même d'exercer la servitude vendue. Cette jurisprudence, paraît-il, n'était pas encore reçue au temps d'Auguste, puisque, d'après le témoignage de Javolénus, dans la loi 20, D., *De servit.*, Labéon enseignait qu'à la suite de la vente d'une servitude il n'y avait pas de tradition praticable : « *Quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.* » Mais l'assertion de Labéon est contredite par Javolénus, contemporain de Trajan, qui ajoute cette observation que l'usage de la servitude peut être regardé comme constituant une tradition : « *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipien-* « *dum esse.* » La doctrine nouvelle ne faisait plus doute à l'époque d'Ulpien, qui s'exprime ainsi, dans la loi 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.* : « *Traditio plane et patientia servitutum* « *inducet officium prætoris.* » Aussi voyons-nous que le maintien de la possession des servitudes était protégé par des interdits appelés quasi-possessoires. « *Ideoque interdicta veluti* « *possessoria constituta sunt,* » dit Javolénus, *loc. cit.*; et les Pandectes nous ont transmis les règles de divers interdits qui jouaient ce rôle à l'occasion de maintes servitudes.

51. La possession étant une fois acceptée en matière de servitudes, les Romains ne reculèrent pas devant l'idée de faire découler de cette possession continuée pendant un certain temps un moyen de constituer le droit même de servitude. A la suite de la tradition résultant de la *patientia*, l'action Publi-

cienne (voir L. 11, § 1, D., *De Publ. act.*) était accordée à l'acheteur d'une servitude, à l'instar de celui qui étant en voie d'usucaper la propriété avait perdu la possession. Enfin la preuve d'un exercice prolongé de la servitude équivalait aux yeux du Préteur à un mode civil de constitution, et procurait une action confessoire *utile*. Ulpien, dans la loi 19, pr., D., *Si serv. vind.*, énonce très-nettement quelle était l'efficacité de l'usage répété, de ce qu'il appelle *longa quasi possessio* : « *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquæ du-* « *cendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua* « *constituta sit, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet* « *actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non* « *clam, non precario possedisse.* » Sans doute il n'y avait pas en pareil cas qu'une action *utile*; la servitude n'était reconnue que par le droit prétorien ; on disait, suivant les termes de la loi 1, C., *De servit.*, que le long temps faisait naître seulement une sorte de servitude : « *Longi temporis consuetudinem vicem* « *servitutis obtinere.* » Mais au fond la position était aussi solide que si les règles du *jus civile* avaient pu être invoquées, et l'acquéreur d'une servitude grâce à la *longa quasi possessio* était parfaitement assuré de conserver ce qu'il avait acquis.

52. Nous ne nous arrêterons pas à discuter si la *longa possessio*, comme moyen de constituer les servitudes, était bien exactement modelée sur la *longa possessio* appliquée aux choses corporelles. C'est une question difficile à éclaircir, à raison du petit nombre de textes que fournissent les compilations de Justinien ; aussi les commentateurs se sont-ils donné carrière pour signaler telle ou telle différence. Les uns ont soutenu, en s'appuyant sur l'indétermination de ces mots : *per annos forte tot*, qu'on trouve dans la loi 19, *Si serv. vind.*, qu'il n'y avait ici aucun terme fixé rigoureusement pour la durée de la possession, et que l'appréciation de sa suffisance était abandonnée à la discrétion du juge. Ce système, fort peu rationnel assurément, se réfute aisément par cette observation que le même texte mentionne un *diuturnus usus*, une *longa possessio*, choses synonymes; or, chez les Romains, parler de *longum tempus* c'était désigner un délai dont les limites étaient bien connues, savoir dix ans entre présents, vingt ans entre absents, ainsi que le dit Paul, *Sent.*, liv. V, tit. 5ᵃ, § 8. D'ailleurs la loi 2, C., *De servit.*, est positive pour indiquer qu'ici l'acquisition par

le bénéfice du temps s'opère *exemplo rerum immobilium.* — D'autres ont prétendu qu'il était nécessaire de prouver que l'adversaire avait eu personnellement connaissance de la possession. Cette exigence spéciale n'a d'autre base que l'énoncé de cette *scientia*, qui figure dans la loi 2, C., *De servit.* Mais il est évidemment abusif de transformer en règle de droit une circonstance de fait que relate un rescrit. Dans l'espèce soumise à l'empereur Antonin, il y avait allégation d'une possession exercée au su de l'adversaire, et, comme cette particularité avait de l'importance pour caractériser la possession invoquée, elle a dû être relevée par l'auteur du rescrit. — Ce qu'il y a de plus délicat, c'est de savoir si, en cette matière, l'existence d'un *justus titulus* devait être mise de côté, et s'il ne suffisait pas que la possession se fût produite pendant le temps voulu *nec vi, nec clam, nec precario.* De bons esprits adoptent l'affirmative, en se fondant sur la loi 19, citée plus haut, ce qui serait confirmé par les derniers mots de la loi 1, C., *De servit.* Nous hésitons cependant, pour notre compte, à admettre sur ces seules données l'exclusion en cette occurrence d'une condition aussi importante de la *longa possessio*, et nous ne voyons pas de motif sérieux pour en dispenser.

53. Quelque parti que l'on prenne sur ces points controversés, il est indubitable que la législation romaine tenait compte de la possession prolongée des servitudes, et qu'elle l'avait érigée en mode d'acquisition. Remarquons seulement que le droit prétorien, auquel appartient cette théorie, avait mesuré la durée de la possession d'une manière beaucoup plus large que ne le faisait le droit civil relativement à l'usucapion. Le Préteur, s'inspirant de bonne heure des idées qui ne devaient prévaloir généralement que beaucoup plus tard, avait corrigé la brièveté du temps considéré par les *antiquiores* comme suffisant *ad inquirendas res suas* (*Instit.*, liv. II, tit. 6, pr.); il s'était arrêté au terme qui en dernière analyse fut adopté sous Justinien pour l'acquisition de la propriété même. La prohibition de l'usucapion en matière de servitudes resta, par conséquent, jusqu'à la réforme de Justinien, chose de grande importance. Deux années de possession étaient impuissantes à créer une servitude; mais, pourvu que la possession se fût prolongée pendant dix ou vingt ans, elle était admise dès le droit classique comme un moyen de constituer les servitudes.

A ce titre, du reste, elle fonctionnait d'une façon absolue, sans être réservée aux servitudes urbaines par opposition aux servitudes rurales. Il n'est pas possible, en effet, d'exclure du jeu de la possession les *servitutes prædiorum rusticorum*, qui correspondraient, dit-on, à nos servitudes discontinues. Deux textes, la loi 19, D., *Si serv. vind.*, et la loi 2, C., *De servit.*, font l'application de la *longa possessio* au *jus aquæ ducendæ*, que les jurisconsultes romains mentionnent si fréquemment comme étant une servitude rurale. On ne saurait essayer de voir là une règle spéciale, propre à la servitude d'aqueduc. Rien n'indique une semblable particularité. Ce qui est invoqué pour fonder l'existence du droit, c'est la durée de la possession, la *longa consuetudo*; et l'influence de la possession était admise sans difficulté quant aux servitudes rurales à l'occasion desquelles existaient des interdits possessoires. Il faut donc renoncer à établir aucune distinction entre les deux classes de servitudes en ce qui concerne leur acquisition au moyen de la possession.

54. Si nous voulons maintenant résumer les résultats acquis par la dissertation qui précède, il est facile de constater que jusqu'à présent la division des servitudes prédiales en urbaines et rustiques ne nous est pas apparue comme offrant un intérêt considérable. On peut faire bon marché de la faculté d'hypothéquer, autorisée à l'égard des servitudes rurales, et repoussée pour les servitudes urbaines. La bizarrerie de l'hypothèque ayant pour objet une servitude à créer n'est qu'un motif de plus pour confirmer le jugement depuis longtemps formulé par les commentateurs sur l'imperfection du système hypothécaire des Romains. — Ce que nous avons trouvé de plus remarquable, c'est l'admission des servitudes rurales parmi les *res mancipi*, et l'exclusion de cette catégorie quant aux servitudes urbaines. Cette différence, due à l'importance particulière attachée dans l'origine aux servitudes rurales, ne peut être expliquée d'une manière satisfaisante qu'en prenant pour base l'interprétation que nous avons embrassée. C'est là d'ailleurs une distinction qui n'a qu'une valeur historique, dont la science du droit proprement dite n'a pas à s'occuper, et qui chez les Romains a fini par perdre son utilité. — Enfin, au point de vue du rôle que jouait la possession relativement à la constitu-

tion des servitudes, nous avons reconnu que le droit romain ne présentait rien d'analogue à notre législation, et qu'à cet égard il y avait assimilation entre toutes les servitudes.

55. Ne nous hâtons pas cependant de conclure à la presque inanité de la distinction consacrée par le droit romain. Il est un autre point dont il nous reste à parler, sur lequel nous voyons encore en vigueur la séparation des servitudes en urbaines et rurales. Nous voulons faire allusion à l'extinction des servitudes, matière à propos de laquelle les textes de la législation romaine contiennent des règles différentes, selon qu'il s'agit d'une servitude de telle ou telle espèce; et nous aurons à constater que la même différence de règles a passé à peu près dans notre droit français, sauf qu'elle repose sur le caractère de continuité ou de discontinuité que peut présenter la servitude. Cette dernière partie du sujet est celle qui offre l'intérêt le plus sérieux, et qui en même temps soulève la difficulté la plus grave que l'on puisse objecter contre le système dont nous avons entrepris la défense.

56. *Extinction des servitudes.* — Nous avons déjà fait observer que, sous ce point de vue, les servitudes prédiales n'obéissaient pas toutes uniformément à la même règle. Quelquefois, en effet, le simple non-usage suffisait à éteindre la servitude, de telle sorte que le propriétaire du fonds servant n'avait rien à faire pour reconquérir la liberté de son héritage; la négligence du propriétaire du fonds dominant, prolongée pendant le délai voulu, mettait à néant le droit qui périssait faute de s'être exercé. Ce délai assez bref, conformément aux principes de l'ancienne usucapion en matière immobilière, resta circonscrit à deux années, jusqu'à ce que Justinien, en 531, par la loi 13, C., *De servit. et aq.*, y substitua le délai de dix ans entre présents, et vingt ans entre absents. Il y avait des cas, au contraire, où la servitude subsistait, bien qu'il n'en eût été tiré aucun parti pendant deux années. Le non-usage restait inoffensif; on exigeait qu'il y eût ce qu'on appelait *usucapio libertatis.* Il fallait que le propriétaire du fonds servant, se révoltant en quelque sorte contre la servitude, fît un acte destiné à en empêcher désormais l'exercice; et la libération n'était acquise qu'autant que le nouvel état de choses ré-

sultant de cette entreprise s'était maintenu jusqu'au moment où expirait le délai de l'usucapion [1].

57. Cette distinction a évidemment inspiré notre législateur quand il a écrit l'article 707, dans lequel se trouve réglée différemment l'extinction par le non-usage des servitudes, suivant qu'elles sont discontinues ou continues. En droit romain, où la seule division des servitudes positivement reconnue est celle qui les classe en rurales ou urbaines, ne doit-on pas dire que c'est à propos de cette division qu'il y a lieu de faire fonctionner tantôt le non *usus*, tantôt l'*usucapio libertatis?* Il ne faut pas se dissimuler que c'est là surtout qu'apparaît le véritable intérêt de la détermination du caractère d'une servitude prédiale. La question avait surtout une grande importance tant qu'a été en vigueur le délai si court du *biennium*, supprimé seulement sous Justinien [2]. Une servitude sujette à s'éteindre

[1] Le double délai (dix ou vingt ans) appliqué alternativement dans la *præscriptio longi temporis*, suivant qu'il y avait présence ou absence, se conçoit-il bien quand il s'agit de l'extinction des servitudes *tempore?* On sait qu'en droit romain le délai de vingt ans était nécessaire, non pas quand l'intéressé au détriment duquel s'accomplissait la *præscriptio* était éloigné de l'immeuble, mais bien quand son domicile était distant de celui du possesseur, ce qui justifie l'exactitude des expressions usitées : *decennium inter præsentes, vicennium inter absentes.* Pour empêcher la perte de son droit, il fallait engager un débat avec le prétendant à la *præscriptio*, c'est-à-dire obtenir contre lui une action au moyen d'une *vocatio in jus*, chose plus difficile à réaliser, lorsqu'il y avait nécessité d'aller chercher au loin l'adversaire qu'on devait amener devant le magistrat. Quelque exagération qu'il y ait dans la concession d'un délai de dix ans pour nouer une instance avec un individu qui n'habite pas la même province que le demandeur, la distinction se justifie jusqu'à un certain point. On comprend, par voie d'analogie, qu'un délai plus long soit accordé quand le propriétaire du fonds dominant se trouve en face d'une *usucapio libertatis.* Il faut ici déranger l'état de possession que s'est arrogé l'adversaire, et la voie de l'action en justice sera le moyen le plus régulier d'atteindre ce but. Mais, dans le cas où le droit s'éteint par l'effet seul de l'inaction où il est resté, quelle raison y a-t-il de relever de sa négligence prolongée pendant dix ans le propriétaire du fonds dominant, si par hasard celui qui a bénéficié de cette inertie, et qui pour en bénéficier n'a eu rien à faire, se trouve être domicilié en dehors de la province? Afin de conserver son droit, le titulaire n'avait pas besoin de recourir à une instance. En fait, il n'y a jamais eu obstacle apporté à l'exercice de la servitude : il suffisait, pour la sauver, de la faire vivre, de mettre fin à l'état de léthargie.

[2] Il est vraisemblable que dans les provinces, où l'usucapion n'était pas applicable, la libération des servitudes fut toujours soumise à l'observation des délais constituant le *longum tempus*.

à raison du simple non-usage était un peu précaire; l'inaction gardée par ceux qui possédaient pour le propriétaire du fonds dominant devenait promptement fatale, et pouvait facilement rester inaperçue. Le danger était bien moins grand là où était exigée l'*usucapio libertatis;* les entreprises nécessaires pour ouvrir le cours de l'usucapion éveillaient l'attention de celui qui était menacé de la perte de son droit, ou du moins excitaient la vigilance de ses représentants. Si par hasard le titulaire de la servitude était dans l'ignorance de son droit, il se trouvait dépouillé assez peu justement, dans le cas où la servitude était de telle nature qu'elle dût périr uniquement faute d'avoir donné signe de vie. La loi 19, § 1, D., *Quemad. servit. amitt.*, décide que le légataire d'une *via* (il faut sous-entendre un legs *per vindicationem*), qui postérieurement à l'adition d'hérédité serait resté *per constitutum tempus* sans connaître le legs, et par conséquent sans user de la *via*, a encouru la perte de la servitude. Supposez, au contraire, que l'*usucapio libertatis* eût été nécessaire pour l'extinction de la *via*, l'ignorance du légataire aurait été inoffensive; l'héritier n'aurait pu reconquérir la possession de la liberté du fonds héréditaire, puisqu'il n'y aurait jamais eu possession de la servitude par suite de l'ignorance du légataire [1].

58. Interrogeons maintenant les textes qui mettent en application tantôt le *non usus*, tantôt l'*usucapio libertatis*. Paul, dans ses *Sententiæ*, liv. I, tit. 17, § 1, mentionne la règle de l'extinction par le non-usage à l'occasion des droits de passage et du droit d'aqueduc : on sait que quand il s'agit d'énumérer les servitudes rustiques, ce sont celles-là qui figurent toujours en première ligne. Voici comment s'exprime le ju-

[1] Il y a un point sur lequel, pour la conservation du droit menacé de périr, la condition sera un peu meilleure dans l'hypothèse du *non usus* que dans celle de l'*usucapio*. Quand il s'agit de non-usage, c'est le temps seul qui anéantit le droit; mais la mesure du temps doit être complète pour qu'il ait la puissance d'agir. Il faut suivre ici la règle de la prescription extinctive des actions, d'après laquelle le dernier jour pouvait être utilement employé par le titulaire du droit pour conjurer le préjudice imminent (V. L. 6, D., *De oblig. et act.*). En matière d'usucapion, les Romains admettaient qu'elle se trouvait accomplie, dès que le dernier jour était commencé (V. L. 15, pr., D., *De div. temp. præscr.*), de telle sorte que l'action confessoire eût été vainement intentée ce jour-là.

risconsulte : « *Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio* « *usus non est amisisse videtur : nec enim ea usucapi possunt,* « *quæ non utendo amittuntur.* » Les servitudes en question s'éteignant par le simple non usage, il n'est pas nécessaire que le propriétaire du fonds servant prenne le rôle actif d'un usucapant, qu'il fasse obstacle à l'exercice de la servitude pour se constituer en possession de la liberté de son héritage. Le § 2 du même titre nous autorise à placer sous le même régime la servitude de puisage, ce qui ne saurait être douteux; Paul ajoute : « *Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa* « *intercidit, et biennio usurpata recipitur* [1]. » On trouve dans les Pandectes, notamment au titre : *Quemad. servit. amitt.* (VIII, 6), différents fragments où il est question du *non usus*, relativement aux servitudes de passage et à la servitude d'aqueduc.

59. Indépendamment de ces textes qui nous signalent les principales servitudes rustiques comme assujetties à l'extinction par le non-usage, il existe un texte fondamental en cette

[1] Ces dernières expressions doivent-elles être entendues de cette façon, que là où il aurait existé d'abord une servitude susceptible de s'éteindre par le non-usage, l'usucapion serait admise, après la perte accomplie, à l'effet de faire revivre la servitude? Tel est le sens que donne au langage de Paul notre savant collègue, M. Demangeat, *Cours élémentaire*, t. I, p. 497. Bien que cette interprétation soit quelque peu favorisée par la signification la plus habituelle du mot *recipere*, nous croyons devoir la rejeter, parce qu'elle ne peut se concilier avec la disposition de la loi Scribonia, qui avait supprimé le jeu de l'usucapion comme moyen de constituer les servitudes. Le jurisconsulte nous paraît avoir voulu seulement dire que des actes d'exercice de la servitude, accomplis avant l'expiration du *biennium*, en assureront la conservation. L'*usurpatio* était pour les Romains l'interruption de l'usucapion, L. 2, D., *De usurp.* Quoiqu'il n'y eût pas ici usucapion proprement dite de la part du propriétaire du fonds servant, il était habituel d'employer le mot *usurpare* pour désigner l'effet utile, au point de vue du maintien du droit, résultant de l'usage de la servitude (V. les lois 6, § 1; L. 8, § 1; L. 9, L. 16, D., *Quemad. servit. amitt.*). Tant que le *biennium* n'était pas complétement écoulé, il suffisait que la servitude fût exercée, fût-ce le dernier jour du terme, pour conjurer l'extinction qui était imminente; il n'est pas étonnant qu'on dise de celui qui était sur le point de perdre son droit, et qui s'est comporté de manière à le sauver, *recepit servitutem.* L'*usurpatio* ne se comprend qu'autant que la libération n'est pas acquise; une fois que le droit a disparu, il n'y a plus d'*usurpatio* possible. Notre opinion est partagée par M. de Vangerow (*Lerhb. der Pandeck*, t. I, § 351), qui cite dans le même sens Unterholzner; elle est aussi admise par Puchta (*Curs. der Instit.*, t. I, § 257, note *w*), qui regarde en outre comme possible une troisième interprétation.

matière, dans lequel Gaïus fait ressortir assez nettement que sur ce point les servitudes urbaines trancheraient avec les servitudes rurales; et il est indubitable que la distinction est présentée avec cette portée que le non-usage serait la règle pour l'ensemble des servitudes rurales, tandis qu'à l'égard des servitudes urbaines la libération paraîtrait ne pouvoir être acquise qu'autant que le propriétaire du fonds servant aurait fait des actes ayant pour but de le mettre en possession de la liberté de son héritage. Nous voulons faire allusion à la loi 6, D., *De serv. præd. urb.*, ainsi conçue :

« *Hæc autem jura similiter, ut rusticorum quoque prædio-*
« *rum, certo tempore non utendo pereunt : nisi quod hæc dissi-*
« *militudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita.*
« *si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si ædes tuæ*
« *ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum*
« *ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas*
« *perfixas habuero, vel obstruxero : ita demum jus meum*
« *amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris ;*
« *alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni*
« *immissi ædes tuæ servitutem debeant, et ego exemero tignum,*
« *ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum*
« *est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habue-*
« *ris : alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum per-*
« *manet.* »

60. On ne peut nier que la doctrine exposée par Gaius ne soit formulée comme signalant une différence (*dissimilitudo*) entre les *jura prædiorum rusticorum* d'une part, et les *jura prædiorum urbanorum* de l'autre. Les termes sont tels qu'on semble bien être autorisé à en conclure que la pensée du jurisconsulte est d'établir une antithèse entre les deux classes de servitudes, d'exprimer une distinction générale de façon à indiquer que le non-usage suffit toutes les fois qu'il s'agit d'une servitude rurale, tandis que l'*usucapio libertatis* est indispensable par cela seul que la servitude était urbaine. Dès lors, dira-t-on, comment faire marcher avec la théorie de Gaius le système qui admet pour la même servitude, suivant la nature du fonds dominant, tantôt le caractère urbain, tantôt le caractère rural? Un droit de passage a été constitué pour accéder à des bâtiments, ou un droit d'aqueduc pour fournir de l'eau aux habitants d'une maison, la servitude sera-t-elle traitée, quant

au mode d'extinction, comme urbaine, et l'*usucapio libertatis* sera-t-elle nécessaire, ou devra-t-on, néanmoins, l'assujettir à s'éteindre par le simple non-usage? Si l'on opte pour cette dernière solution, n'est-ce pas en réalité annihiler la distinction, qui n'aura plus de valeur sérieuse, puisque une servitude urbaine obéira aux règles des servitudes rurales? Si l'on se décide, au contraire, à suivre le premier parti, sera-t-il possible de rendre compte de cette bizarrerie qu'il faut imputer à la législation romaine, où l'on verrait une servitude qui est toujours la même, qui consiste toujours dans la faculté de faire des actes identiques, être régie différemment à raison d'une circonstance qui n'influe en rien sur sa nature intime?

61. Pour résoudre cette difficulté, le seul procédé raisonnable, croyons-nous, consiste à se demander pourquoi, relativement à l'extinction par le non-usage, toutes les servitudes prédiales n'étaient pas traitées de la même façon. Précédemment, à l'occasion de l'admission ou du rejet de la mancipation comme moyen d'établir les servitudes, nous avons constaté que, aux yeux des anciens Romains, les servitudes n'avaient paru mériter d'être mises au rang des *res mancipi* qu'autant qu'elles étaient créées dans un intérêt agricole, dans le but d'améliorer un *prædium rusticum*. Nous en avons conclu (voir n° 46) qu'un droit de passage ou un droit d'aqueduc, constitués en vue de doter d'une qualité avantageuse un *prædium urbanum*, ne se prêtaient pas à la mancipation. En ce qui concerne la perte des servitudes *tempore*, la nécessité de l'*usucapio libertatis* par opposition au *non usus* tenait-elle exclusivement à la nature du fonds dominant, de telle sorte que pour un *jus prædii rustici* la même nécessité n'existât jamais? Nous devrions dire alors que toute servitude urbaine était assujettie à l'*usucapio libertatis*, et qu'aucune servitude rustique ne pouvait prétendre à cette faveur. Si, au contraire, le caractère général des *jura prædiorum urbanorum* étant de présenter les éléments par lesquels se justifie l'exigence de l'*usucapio libertatis*, exceptionnellement cependant il y a tel *jus prædii urbani* pour lequel les motifs de cette exigence font défaut; si, en même temps, les *jura prædiorum rusticorum* sont habituellement étrangers aux raisons qui entraînent l'application de l'usucapion, mais qu'accidentellement il en puisse être autre-

ment, nous n'hésiterons pas à adopter la formule suivante. La règle ordinaire, dirons-nous, est bien que les *jura prædiorum urbanorum* veulent l'*usucapio libertatis* et que les *jura prædiorum rusticorum* se contentent du *non usus*. Toutefois une double dérogation est possible en ce sens que, dans des hypothèses rares, un *jus prædii urbani* sera susceptible de s'éteindre *solo non usu*, et réciproquement un *jus prædii rustici* ne périra que par l'*usucapio libertatis*. Sans doute, en principe, chacune des deux institutions fonctionnait comme correspondant à l'une ou à l'autre des deux classes de servitudes; seulement il n'y avait pas là une vérité absolue. Dans la pratique des affaires, l'application de l'usucapion ou du non-usage se décidait presque toujours par la qualité urbaine ou rustique de la servitude, qualité entendue comme elle doit l'être suivant nous, d'après la terminologie adoptée par les Romains. On s'explique que, dès lors, il fût reçu de dire, puisque c'était là ce qui était le plus commun : les servitudes *urbaines* s'éteignent grâce à l'usucapion de la liberté; les servitudes *rustiques* s'éteignent par le simple non-usage. On ne prenait pas la peine de noter les exceptions, peu fréquentes d'ailleurs; mais elles étaient commandées par la logique, par la force des choses.

62. Ce n'est pas arbitrairement, en effet, que la jurisprudence romaine avait établi une distinction entre les servitudes quant à leur mode d'extinction par le non-usage. Si tantôt le droit périssait par cela seul qu'il n'avait pas été exercé durant un certain temps, si tantôt il fallait qu'il eût été fait *aliquid novi* pour marquer le point de départ du délai fatal, cela tenait à une observation exacte de la physionomie différente sous laquelle peut se présenter une servitude. Aussi la doctrine romaine a-t-elle été recueillie par notre législateur, qui a eu le mérite de perfectionner cette doctrine et de lui donner une assiette plus précise. Il est incontestable que l'affranchissement des héritages assujettis est vu d'un bon œil; on a voulu favoriser cet affranchissement, et on a admis qu'il serait acquis quand l'état de liberté aurait subsisté d'une façon prolongée. Nous laissons de côté la question de mesure de temps; en droit romain, on s'est contenté jusqu'à Justinien du laps de deux années; depuis Justinien il a fallu dix ou vingt ans (alternative qui nous a paru susceptible de critique); notre législa-

teur est revenu à un délai unique, qu'il a cru devoir porter jusqu'à trente ans. En réalité, ce qui est pris en considération c'est toujours l'état de liberté qui, s'étant maintenu suffisamment, est protégé désormais contre un retour à l'ancienne situation.

63. Ceci posé, l'examen comparatif des servitudes a fait découvrir deux formes distinctes dans les modifications à la propriété qu'entraîne la constitution d'une servitude, et l'existence de l'une ou de l'autre de ces formes a dû rendre plus facile ou plus difficile la reconnaissance de l'état de liberté pour l'héritage grevé. Il y a des servitudes telles que, si le propriétaire dominant n'en tire point parti, la possession de la liberté est acquise par cela même au profit du fonds servant, possession de liberté qui commence à l'instant où a cessé l'exercice de la servitude. C'est là ce qui se produit toutes les fois que la servitude a pour but de conférer au voisin la faculté de faire quelque chose sur l'immeuble assujetti, comme dans les droits de passage, de puisage, de pacage, etc. De semblables servitudes ne modifient en rien extérieurement la manière d'être des deux fonds intéressés. C'est un rapport entre eux qui ne se manifeste que par la mise en pratique du droit; dès que ce droit sommeille, la liberté apparaît pour le fonds servant, liberté qui est contemporaine de la fin du dernier acte de vie par lequel s'est signalée la servitude. Il est, au contraire, des servitudes qui ne se conçoivent qu'à l'aide de travaux ayant pour objet de réaliser l'utilité qu'elles sont destinées à procurer. Ces servitudes se révèlent par des ouvrages permanents, lesquels s'incorporent avec les deux fonds ou avec l'un d'eux, par exemple les servitudes *oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii recipiendi, luminum*, etc. Dans ces hypothèses, l'état d'asservissement est attesté et maintenu par l'existence de ces ouvrages; dès lors, tant que les signes d'asservissement résultant de la physionomie extérieure des héritages n'auront pas été supprimés, il ne pourra être question de liberté pour la propriété du fonds grevé. Cette différence a été bien exprimée par les auteurs qui ont imaginé de distinguer si la servitude, au point de vue de la faculté qu'elle attribue au maître du fonds dominant, consistait *in faciendo* ou *in habendo*. Pour les servitudes de la première espèce, le non-usage doit suffire à entraîner l'extinction du droit; quant aux servi-

tudes de la deuxième espèce, la prescription ne doit commencer qu'à la suite d'un acte contraire, nécessaire pour constituer l'état de liberté.

64. Enfin il est une troisième catégorie de servitudes, qui ont une nature spéciale; nous voulons parler des servitudes dites négatives. Ici la propriété du fonds servant est diminuée en ce sens que le maître de ce fonds est gêné dans le complet exercice de son droit, en ce qu'il n'a plus la faculté d'agir à son gré de toute façon sur sa chose. Ainsi, il y aura interdiction de bâtir, de planter, de fouiller pour découvrir des sources. On a dit avec raison que le droit acquis par le maître du fonds dominant consistait alors *in prohibendo*. Sans doute, dans ces cas, la servitude, qui a toujours le caractère de n'être pas apparente, ne s'incorpore point par des signes visibles avec l'un des héritages, à l'instar de ce qui se produit pour les servitudes consistant *in faciendo*. Mais, d'un autre côté, la servitude imprime, au moins d'une manière négative, à l'héritage assujetti telle ou telle situation, situation qui désormais, en vertu de la servitude, détermine la façon d'être imposée au fonds grevé. L'abstention des actes de propriété interdits cesse d'être volontaire pour devenir forcée; cette abstention, au lieu d'être l'usage d'une pure faculté, constitue au contraire un asservissement. La liberté du fonds se trouve donc supprimée, et elle ne peut reparaître qu'au moyen de travaux ayant pour but de détruire la condition imposée au fonds servant. Il est naturel qu'en pareil cas l'affranchissement ne puisse s'obtenir qu'à la suite d'entreprises par lesquelles le fonds grevé sera mis dans une situation en désaccord avec celle réglée par la constitution de la servitude.

65. Nous avons déterminé suivant quelle considération devait être appliqué rationnellement à l'extinction des servitudes prédiales tantôt le simple non-usage, tantôt l'usucapion proprement dite. Ce système, le seul logique à notre gré, concorde-t-il exactement avec la distinction des servitudes en rustiques et urbaines, cette distinction étant prise dans le sens que nous lui attribuons? A cette question nous sommes obligé de répondre négativement, en concédant que si, en général, les servitudes urbaines présentent ce caractère que des ouvrages seront nécessaires (*servitus in habendo*), ou

qu'elles imposeront telle ou telle abstention au propriétaire du fonds servant (*servitus in prohibendo*), il n'est cependant pas impossible qu'une servitude urbaine consiste simplement *in faciendo*. Réciproquement, dirons-nous, une servitude rustique a pour effet habituel d'autoriser à faire quelque chose sur le fonds d'autrui; toutefois ce genre de servitudes n'est pas incompatible avec cette forme d'assujettissement d'après laquelle le maître du fonds grevé perd la faculté d'agir chez lui absolument comme il le voudra; une servitude rustique peut même s'accompagner de la présence de travaux propres à assurer l'exercice du droit. Nous reconnaissons volontiers que sur ce point notre doctrine prête le flanc à la critique; mais comme cette doctrine n'est autre, si nous ne nous abusons, que la doctrine romaine, c'est à la législation romaine elle-même que nous renvoyons cette critique. Nous n'avons pas entrepris de démontrer l'excellence et l'opportunité de la division des servitudes admise par cet ancien peuple. A cet égard notre opinion est bien assise, et nous avons eu soin de l'indiquer dans la première partie de notre travail. Nous tenons cette division pour mauvaise et vicieuse; nous la condamnons comme n'étant pas d'accord avec les caractères différents que peuvent présenter les servitudes, et qui doivent légitimement influer sur leurs modes de constitution ou d'extinction. Nous savons par quels motifs la distinction avait été adoptée. Quand ces motifs eurent disparu, la distinction aurait dû disparaître également. En fait, elle a été conservée jusqu'au bout, et la difficulté consiste à mettre la distinction en harmonie avec la diversité des règles que l'on trouve dans le droit romain à l'occasion des servitudes, particulièrement en ce qui concerne l'extinction par le non-usage.

66. Ce problème, nous l'estimons insoluble, du moment où l'on veut arriver à une précision absolue, mathématique, et établir entre les servitudes rustiques d'une part et les servitudes urbaines d'autre part une démarcation tellement fixe que jamais il ne puisse y avoir lieu pour une servitude appartenant à telle catégorie de lui appliquer une règle empruntée aux servitudes de l'autre catégorie. Si, en réalité, la division romaine avait la perfection que revendiquent en sa faveur ceux qui la défigurent dans l'espoir de la rendre irréprochable, s'expliquerait-on qu'elle eût soulevé tant de

controverses, suscité depuis des siècles tant de discussions? Il est tellement vrai que la cause est désespérée, que ses défenseurs ont été obligés de substituer aux dénominations romaines des locutions toutes différentes. Il ne s'agit plus, on le sait, des *jura prædiorum rusticorum* ou *urbanorum* : il s'agit, suivant ceux-ci, des servitudes *in solo* ou *in superficie consistentes*, suivant ceux-là, des servitudes soit *in faciendo*, soit *in habendo*, soit *in prohibendo*, suivant d'autres enfin, des servitudes n'éveillant pas ou éveillant l'idée de constructions, sans qu'il soit nécessaire en ce dernier cas que des constructions existent, l'idée de constructions se concevant tout aussi bien pour les nier que pour les affirmer. De bonne foi, n'est-ce pas proscrire tacitement la division officielle de la législation romaine, quand on en est réduit à la masquer ainsi, sous prétexte de la justifier au moyen de synonymes, sur lesquels d'ailleurs on ne peut s'entendre? Nous rendons justice aux efforts déployés par les commentateurs pour imaginer un meilleur classement des servitudes; et nous pensons que ceux-là ont le plus justement analysé la matière, qui ont proposé de distinguer quelle était l'espèce de faculté conférée au propriétaire du fonds dominant. La science a gagné sans nul doute aux tentatives faites pour défendre à tout prix la pureté de la doctrine romaine; c'est de là qu'est sortie la division adoptée par notre législateur, division bien supérieure à celle des Romains. Le seul tort est d'avoir voulu faire hommage des résultats acquis au peuple romain, comme s'il était indispensable de douer leurs jurisconsultes de l'infaillibilité. Pour nous, nous aimons mieux dire que ces jurisconsultes n'avaient pas réussi à trouver la division la plus satisfaisante. Ils s'en étaient tenus à l'antique distinction, qu'ils avaient laissé survivre aux causes dont elle était issue. Les motifs que nous avons développés sur l'opportunité relative du non-usage ou de l'usucapion pour l'affranchissement des servitudes ne leur avaient point échappé; et en admettant les deux règles, ils avaient adapté l'une aux servitudes rustiques, l'autre aux servitudes urbaines, se contentant d'une vérité approximative. Mais ils n'excluaient nullement l'idée que l'on pût, suivant l'exigence des cas, au point de vue de l'extinction, traiter une servitude rustique comme si elle eût été urbaine, ou *vice versa* traiter une servitude urbaine comme si elle eût été rustique.

67. Quelque malsonnante que paraisse au premier abord cette proposition, il faut bien se résigner à l'admettre, sous peine d'aboutir à des contradictions ou de tomber dans une impasse. Nous avons vu précédemment (nos 28 et suiv.) que la servitude importante d'aqueduc, fréquemment citée dans les Pandectes, pouvait être urbaine, et nous avons constaté que cette qualité lui appartenait quand l'eau devait servir aux usages des habitants d'une maison. Nous nous félicitons d'avoir sur ce point l'appui de l'opinion de notre savant collègue, M. Demangeat, qui cependant ne partage pas en général notre théorie. Est-il besoin de faire remarquer qu'une conduite d'eau ne saurait constituer deux servitudes d'une nature différente, selon que l'eau aurait pour but de fertiliser un héritage ou de fournir aux besoins des personnes qui habitent une maison? Quelle que soit la destination de l'eau, la faculté de la prendre et de la conduire sur le fonds d'autrui présente toujours un droit identique, devant par conséquent suivre toujours les mêmes règles pour son extinction. Aussi les textes assez nombreux qui s'occupent de ce point ne laissent-ils aucunement supposer qu'il y eût lieu de faire quelque distinction.

68. Il n'est pas sans intérêt, à l'occasion de cette servitude, de voir comment elle avait été appréciée par les jurisconsultes romains; cet examen nous permettra de justifier le reproche que nous leur avons adressé d'avoir imparfaitement analysé les caractères des servitudes. Si quelquefois le droit de servitude peut conférer la faculté d'avoir des ouvrages sur le fonds d'autrui, assurément cette forme de servitude ne se rencontre nulle part d'une façon plus éclatante qu'en matière d'aqueduc, puisque le propriétaire dominant devra établir un canal depuis le point où il prend l'eau jusqu'à son propre héritage, ce qui peut donner à l'assiette de la servitude sur l'immeuble assujetti un développement fort étendu. Aussi notre législateur (art. 688 C. Nap.) a-t-il placé les conduites d'eau parmi les servitudes continues, pour lesquelles le point de départ de la prescription extinctive exige un acte contraire à la servitude. Chez les Romains il en était autrement; la servitude d'aqueduc était considérée par eux comme susceptible de périr par le simple non-usage, décision répétée dans des textes nombreux. Cette décision est d'autant plus remarquable que les Romains n'avaient pas été sans reconnaître le caractère de *continuité* que

nous assignons à cette servitude. Peut-être le propriétaire dominant a-t-il été négligent, et n'a-t-il pas eu le soin, au renouvellement de la saison propice aux irrigations, d'aller ouvrir les rigoles pour faciliter l'écoulement de l'eau. Néanmoins, grâce aux travaux faits précédemment, l'eau s'est frayé elle-même une issue et s'est répandue sur le fonds dominant. En pareil cas, on disait que la condition du non-usage faisait défaut ; la servitude s'était maintenue par sa propre vertu, devant ainsi son salut à un exercice pour lequel elle n'avait pas été aidée par le *fait actuel* de l'homme. Les jurisconsultes romains paraissent avoir été d'accord sur ce point. En effet, l'un des textes qui contiennent cette doctrine nous apprend qu'elle n'était point personnelle à Celsus, qui dans la dernière partie de la loi 12, D. *Quemad. serv. amitt.*, s'exprime ainsi : « *Quare* « *fortius et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquæ* « *ducendæ retinetur : quod et Sabino recte placuit, ut apud Ne-* « *ratium libro quarto membranarum scriptum est.* » Ulpien, dans la loi 1, § 21, D. *De aq. quot. et æst.*, énonce le même sentiment à l'occasion de l'application de l'interdit *de aqua æstiva*, qui exigeait que le demandeur eût conduit l'eau dans l'année précédente, tout en élevant quelque doute sur l'exactitude de l'accomplissement de cette condition : « *Quæsitum* « *est : si quis ante annum aquam duxit, deinde sequenti tempore,* « *hoc est, intra annum, aqua influxerit ipsa sibi, me non du-* « *cente, an hoc interdicto locus sit ? Et refert Severus Valerius* « *competere hoc ei interdictum, quasi duxisse videatur ; licet* « *penitus prospicientibus non videtur iste duxisse*[1]. »

[1] En regard de ces décisions qui attestent la facilité avec laquelle était écarté le non-usage, il est curieux de remarquer la sévérité déployée relativement à l'usucapion de la liberté. Supposez qu'un fonds étant grevé de la servitude *altius non tollendi*, le propriétaire de ce fonds ait élevé des constructions au-dessus de la hauteur qu'il lui était interdit de dépasser. Bientôt après l'auteur de ces travaux perd la possession de l'immeuble asservi, possession qu'il ne transmet à personne. L'interruption de l'usucapion se produit dès que le fonds assujetti cesse d'avoir un possesseur. Malgré la persistance de l'état de choses contraire à la servitude, l'usucapion se trouve arrêtée à défaut d'un possesseur. On n'admettait pas que le fonds servant pût être par lui-même un instrument actif de son affranchissement ; il fallait qu'il fût possédé par quelqu'un à l'état de liberté. Nous ne faisons qu'analyser un fragment de Julien, la loi 31, § 1, *De servit. præd. urb.* « *Libertas servitutis usucapitur, si ædes possideantur ; quare, si is qui* « *altius ædificatum habebat ante statutum tempus ædes possidere desiit,*

69. Cherchera-t-on à expliquer l'admission de la perte par le simple non-usage, relativement à la servitude d'aqueduc, en faisant observer que les travaux autorisés dans cette hypothèse présentaient peu de stabilité? La loi 17, § 1, D., *De aq. et aq. pluv.*, nous apprend en effet que, à moins d'une concession formelle, le titulaire de la servitude ne pouvait pas établir un canal en maçonnerie, qu'il avait seulement le droit de poser des tuyaux (*fistulas*). Il est difficile de croire que la servitude d'aqueduc changeât de caractère suivant que les ouvrages exécutés pour son assiette auraient eu plus ou moins de permanence, et les textes sont muets pour signaler aucune trace de l'influence qu'aurait exercé cette circonstance. Remarquons d'ailleurs que si la construction d'un canal en pierre avait fait de l'aqueduc une servitude ne s'éteignant que par la voie de l'usucapion, la même solution devrait être admise alors que ce travail aurait eu pour but l'irrigation d'un fonds de terre, ce qui conduirait à cette conséquence que, grâce à la forme donnée au canal, une servitude d'aqueduc créée dans un intérêt purement agricole, et pour laquelle les *ædificia* ne jouaient aucun rôle, une servitude rustique, en un mot, aurait été traitée, quant à son mode d'extinction, d'après les règles des servitudes urbaines. Contentons-nous de critiquer la décision des jurisconsultes romains, et concluons que la servitude d'aqueduc, dans tous les cas, fût-elle urbaine, était exposée à périr par le non-usage.

70. En ce qui concerne les divers droits de passage (*iter, actus, via*), nous avons vu précédemment dans un texte de Paul, que le simple non-usage suffisait pour amener leur extinction, et plusieurs fragments des Pandectes contiennent l'application de cette idée. Dans notre doctrine, suivant laquelle un *iter* devient *urbanum*, quand il est destiné à ménager l'accès de bâtiments, nous ne méconnaissons pas que cette circonstance doit rester indifférente pour exclure le *non usus*, et qu'elle ne saurait avoir la vertu de rendre nécessaire l'*usucapio libertatis*. La servitude de passage est une de celles où

« *interpellata usucapio est : is autem qui postea easdem ædes possidere* « *cœperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim ser-* « *vitutum ea est ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem* « *earum habere qui ædes possidet.* »

se présente la forme de servitude consistant en un *facere* de la part du propriétaire dominant; et si, en matière d'aqueduc, nonobstant l'établissement d'un *rivus*, les Romains n'ont pas considéré, probablement à raison de l'intermittence dans l'écoulement de l'eau, la servitude comme réduisant d'une façon continue à l'état d'asservissement le fonds grevé, il est clair que le fait du passage se produit d'une manière plus accidentelle encore, et qu'ici *à fortiori* l'état de liberté sera le mode ordinaire d'être du fonds servant. Nous admettons volontiers que l'*iter urbanum*, à l'instar de l'*iter rusticum* sera susceptible de s'éteindre par le seul non-usage, ce qui ne fait pas échec à notre système, d'après lequel la question de savoir s'il y a lieu au *non usus* ou à l'*usucapio* ne doit pas se résoudre absolument, mais seulement en général, par le caractère rural ou urbain de la servitude. Nous savons qu'il n'y a point incompatibilité entre ces deux choses : existence d'une servitude urbaine et fonctionnement du non-usage. Nous avons essayé de le démontrer relativement à la servitude d'aqueduc. Cette particularité ne constitue pas, à notre gré, une exception qu'il faille rigoureusement limiter à une hypothèse unique; la servitude de passage se prêtera également, bien qu'elle puisse être urbaine, à périr par le non-usage. Nous avons eu le soin d'ailleurs de tracer la règle qui servira à décider l'option entre l'un ou l'autre des deux procédés d'extinction.

71. En nous attachant à cette règle, nous sommes amené à indiquer une restriction qui nous paraît devoir être apportée, quant à la soumission à la perte du non-usage des droits de passage, si l'on veut tenir compte d'une manière exacte de la diversité de caractère que peut offrir une servitude, diversité d'où découle cette conséquence que tantôt le *non usus* suffira, tantôt l'*usucapio libertatis* sera exigée. L'observation que nous suggère à cet égard la servitude de passage ne lui est pas propre, et peut trouver son application à l'occasion d'autres servitudes. Rappelons-nous que là où la servitude consiste dans un *facere*, l'état de liberté pour le fonds assujetti se produit dès que l'exercice de la servitude est suspendu, tandis que dans les servitudes consistant *in habendo*, à la suite des travaux qui ont été exécutés, l'asservissement forme une condition perpétuelle pour le fonds grevé, indépendamment de l'utilité effectivement retirée de la servitude. Or, il peut se faire

que pour une seule et même servitude les deux caractères coexistent, de telle sorte que, d'une part, le propriétaire dominant aie la faculté d'accomplir tel ou tel acte sur l'immeuble d'autrui, et que, d'autre part, des ouvrages aient été pratiqués dans le but de permettre la répétition de ces actes. Ne serait-il pas raisonnable de dire que partout où la servitude s'accompagne du caractère désigné par ces expressions : *servitus in habendo*, l'usucapion est indispensable pour faire disparaître la servitude, bien qu'il y ait eu abstention prolongée des actes au moyen desquels la servitude est mise à profit.

72. Cette situation complexe peut fort bien se rencontrer à propos d'un droit de passage. Sans doute, si j'ai la faculté de passer par votre prairie pour exploiter la mienne, la servitude ne se manifestera extérieurement qu'à l'instant où j'userai de cette faculté; toute trace visible de l'assujettissement disparaîtra presque instantanément, et le lendemain il serait déjà difficile de reconnaître la route suivie la veille par mon chariot. Mais quelquefois la servitude, au lieu d'être ainsi fugitive quant à son apparence, s'annoncera aux yeux d'une manière constante, grâce à des travaux qui auraient dû être faits pour procurer son exercice. Le propriétaire dominant a ouvert une porte dans le mur de l'héritage voisin; cette porte, dont il a seul la clef, ne s'explique autrement que comme moyen de ménager à son gré pour le titulaire de la servitude l'accès de l'immeuble asservi. Pour rendre le passage praticable, il aura fallu construire un pont à l'effet de relier les deux héritages séparés par un fossé, par un ruisseau. Peut-être le fonds servant a-t-il dû être disposé de façon à ce que la traversée s'opère facilement dans telle direction; le terrain a été exhaussé sur la ligne du passage, ligne indiquée par une chaussée qui distingue du reste du sol l'assiette de la servitude. Dans tous ces cas, à côté de la faculté de *faire* quelque chose sur le fonds d'autrui, la servitude autorise en même temps à *avoir* des ouvrages sur ce fonds; et, s'il est vrai que toute servitude consistant *in habendo* appelle pour son extinction l'*usucapio libertatis*, pourquoi en serait-il autrement quand la servitude n'a pas uniquement et exclusivement ce caractère? Rapprochons deux hypothèses que nous avons rencontrées dans des textes déjà cités. J'ai le droit d'appuyer une poutre sur votre mur, et après avoir usé en fait de ce

droit, j'ai moi-même enlevé ma poutre. En vain serai-je resté pendant le temps voulu sans tirer profit de la servitude; il suffit que le trou pratiqué dans votre mur ait subsisté pour que j'échappe à la perte de la servitude (V. L. 6., D., *De serv. præd. urb*). D'un autre côté, j'ai le droit d'arriver à ma maison par votre cour, et pour me ménager un accès, j'ai été obligé (V. L. 20, § 1, *eod. tit.*) d'établir des degrés qui mettent ma maison en communication avec votre *area*. Décidera-t-on que si, avant Justinien, la maison était demeurée inhabitée pendant deux ans, la servitude aura été éteinte par le non-usage? Je demande si l'esprit est bien satisfait de cette différence de solution, pour quel motif, dans le premier cas, le trou qui n'a pas été bouché aura eu la puissance de conserver la servitude, et comment on doit refuser la même vertu aux degrés pratiqués en vue du passage, degrés dont l'existence a été respectée par le propriétaire du fonds servant.

73. Nous avons vu l'*usucapio libertatis* écartée quelquefois à l'occasion de servitudes urbaines. Ne pouvait-il pas arriver *vice versa*, que pour telle servitude rurale le non-usage restât insuffisant à entraîner sa perte, et qu'il fallût en outre de la part du propriétaire du fonds servant un acte contraire à la servitude? Cette extension de l'usucapion de la liberté, comme nécessaire afin d'éteindre un *jus prædii rustici*, n'était pas sans exemple; et nous pensons que c'est là ce qu'on doit décider dans l'hypothèse dont nous avons déjà parlé (V. n°s 21 et suiv.), quand il s'agit d'un propriétaire, qui, craignant de voir diminuer le volume d'eau dont il a l'habitude de disposer, a obtenu de son voisin que celui-ci s'abstiendrait de fouiller dans son fonds pour y découvrir des sources, cas prévu à la loi 15, *pr.* D. *De servit.*, et reproduit à la loi 1, § 28, D. *De aq. quot.* A la vérité, les auteurs qui tiennent pour urbaines toutes les servitudes dites négatives, c'est-à-dire consistant *in prohibendo*, nous objecteront que nous sommes dans l'erreur en qualifiant comme rustique une semblable servitude. Mais la réponse est facile; nous avons peine à croire qu'il faille de grands efforts pour démontrer qu'il n'y a rien de commun entre ces deux idées : d'une part, *servitus prædii urbani*, ce qui signifie, d'après la formule des Institutes, *servitus ædificiis inhærens*, et d'autre part, servitude conférant la faculté d'interdire tel

acte au propriétaire voisin. Notez bien que nous ne blâmons pas, au point de vue de la saine théorie, la triple division *in faciendo, in habendo, in prohibendo*. Loin de là, nous l'estimons très-opportune, et très-propre notamment à expliquer comment l'*usucapio libertatis* doit être exigée toutes les fois que la servitude offrira ce dernier caractère, sans s'inquiéter de savoir si elle profite à un *prædium urbanum* ou à un *prædium rusticum*. Seulement il nous paraît impossible, avec la meilleure volonté du monde, d'attribuer aux Romains le mérite de cette division, quelque juste qu'elle soit en réalité, parce que nous n'apercevons pas comment l'idée d'édifices, positivement ou négativement, peut s'allier avec une servitude, d'après laquelle le propriétaire de tel héritage ne fera rien qui ait pour but de nuire à la quantité d'eau dont est en jouissance le propriétaire de l'héritage voisin.

74. Nous n'ignorons pas que d'excellents esprits n'ont point reculé devant le système qui établit une identité entre la division romaine et celle qu'on ne trouve que dans les livres modernes. Telle est la doctrine soutenue par notre collègue M. Demangeat. Déjà, dans son traité *De la condition du fonds dotal* [1], il avait admis, en réservant exclusivement pour les servitudes rustiques le *jus faciendi*, que la servitude était urbaine, soit qu'elle donnât le *jus habendi*, soit qu'elle donnât le *jus prohibendi*; et dans son *Cours élémentaire* [2], il reste fidèle à cette doctrine. Cependant le même auteur ne va pas jusqu'à supprimer la distinction écrite dans les textes des jurisconsultes romains, et il présente, nous l'avons dit précédemment, comme *criterium* de la démarcation des servitudes en rurales ou urbaines la règle suivante : « *Toute servitude à laquelle vous ne pouvez songer sans que l'idée de construction se présente à votre esprit est une servitude urbaine*. Nous applaudissons volontiers aux efforts faits pour sauver les locutions adoptées par les Romains ; mais à ceux qui consentent à ne pas se débarrasser de la terminologie ancienne nous demandons si la servitude *aquam non quærere* fait songer nécessairement à l'idée de construction. Sans doute, il est possible que la servitude en question augmente la valeur d'un *prædium*

[1] P. 240.
[2] T. II, p. 491, 2e édit.

urbanum, en supposant que la quantité d'eau que l'on veut conserver intacte serve aux besoins des habitants d'une maison. Mais la même servitude, on l'avouera, se comprend facilement au profit du propriétaire d'une prairie, qui appréhende que le voisin ne coupe les veines d'eau alimentant les sources à l'aide desquelles est irriguée une prairie. Dès lors, on peut songer à la servitude *aquam non quærere* sans que l'idée de constructions se présente à l'esprit. Dès lors, elle est parfaitement susceptible d'être purement rustique ; et cependant rien de plus désirable que d'exiger en pareil cas pour l'extinction du droit l'application de l'*usucapio libertatis.*

75. L'appréciation que nous avons faite au sujet de la servitude *aquam non quærere* s'applique à d'autres restrictions à l'exercice du droit de propriété, qui peuvent également se concevoir à l'état de servitudes rurales. Le cercle des servitudes qui affectent cette forme, des servitudes négatives, est assurément assez étroit. Le plus souvent il y aura interdiction de bâtir ou de planter; et l'on ne peut nier que c'est particulièrement en vue de l'agrément de propriétés bâties, de *prædia urbana*, que seront constituées des servitudes de cette espèce. Néanmoins, en rappelant une observation déjà exprimée (V. n° 9), nous sommes autorisé à dire que de pareils arrangements entre propriétaires sont aussi de nature à donner plus de valeur à des fonds de terre, à des *prædia rustica*. Celui qui possède un jardin, un verger sur les produits duquel la libre action des rayons du soleil exerce une influence salutaire, trouvera un grand avantage à s'assurer que son terrain ne sera pas couvert d'une ombre pernicieuse, et il aura intérêt à obtenir de son voisin que celui-ci ne pourra élever des constructions ou des plantations qu'à une certaine distance. — Ici cependant nos adversaires nous arrêteront, en prétendant que l'idée négative de constructions suffit pour imprimer à la servitude le caractère urbain. Nous ne reviendrons pas sur la bizarrerie signalée plus haut (V. n° 15) de cette conception, qui consiste à voir dans l'absence de constructions un *ædificium*, sans lequel il ne saurait y avoir pourtant une *servitus ædificio inhærens.* Nous nous contenterons de faire remarquer que cette ressource ingénieuse, au moyen de laquelle on assimile l'interdiction de bâtir à des bâtiments même, se trouve complétement en défaut eu égard à la prohibition de planter. Il n'y a pas de sub-

tilité qui puisse faire que l'absence de plantations réveille, pour parler le langage consacré, l'idée de constructions. Est-il raisonnable cependant de placer sous un régime différent la servitude qui prohibe des constructions et celle qui prohibe des plantations?

76. Ce qu'il faut dire, pour être dans le vrai, c'est que les servitudes ayant pour effet d'empêcher le propriétaire du fonds servant de faire quelque chose sur son terrain sont toutes de la même nature, au point de vue du mode d'extinction, qu'elles exigent toutes par conséquent l'*usucapiò libertatis*, non parce qu'elles sont urbaines, mais parce que, constituées au profit d'un *prædium urbanum* ou d'un *prædium rusticum*, elles se ressemblent en ce qu'elles ont pour résultat de condamner le fonds assujetti à tel ou tel état permanent. La conformité à cette situation réglée par la servitude n'est désormais que l'expression d'un asservissement, qui persiste indépendamment de toute activité déployée de la part du propriétaire du fonds dominant. La liberté n'apparaît alors que du jour où des actes contraires à la servitude auront signalé le commencement d'une époque d'affranchissement, et ce n'est qu'autant que cette condition nouvelle se sera maintenue pendant le temps voulu que la liberté pourra être recouvrée.

77. Après avoir établi que les servitudes consistant *in prohibendo* ne sont nullement synonymes de servitudes urbaines, nous ajouterons que celles qui autorisent à un *facere* ne se renferment pas davantage dans la catégorie des servitudes rurales. Nous concédons qu'il existera habituellement une concordance; mais nous ne mettons pas en doute que les servitudes *in faciendo* échappent au caractère exclusif de servitudes rurales pour se concilier quelquefois avec l'idée de servitudes urbaines. Nous avons eu occasion de faire cette remarque au début de notre travail (V. n°s 8 et 9); nous devons insister de nouveau sur ce point. L'utilité d'actes accomplis sur l'immeuble servant se présente sous deux aspects possibles, soit pour améliorer un fonds cultivé, soit pour augmenter la valeur d'une propriété bâtie. C'est ce que nous avons constaté au sujet du droit de prise d'eau, pour lequel les Romains, à tort croyons-nous, ont fait prévaloir le caractère du *facere* sans tenir compte du *jus habendi* qui s'y trouve mélangé. Ce

qui est vrai de la faculté de tirer de l'eau du fonds voisin, faculté qui peut être profitable tant pour des bâtiments que pour des fonds de terre, est également vrai pour d'autres objets qui seront empruntés à l'immeuble assujetti, de manière tantôt à aider à la fertilité d'un terrain, tantôt à défrayer les besoins de ceux qui habitent un bâtiment. L'héritage voisin est grevé en faveur du mien de la charge de me fournir du bois, ce qui me sera avantageux à titre de servitude rustique, si je possède un vignoble dont les échalas seront tirés du fonds servant. Mais si la faculté de couper du bois dans tel héritage est destinée à me procurer ce qui sera nécessaire pour la réparation de bâtiments dont je suis propriétaire, le point de vue change, et le même genre de servitude, qui tout à l'heure était rurale, revêt maintenant le caractère urbain. M. Demangeat dit avec raison que le droit d'aqueduc est urbain, si l'eau est destinée exclusivement à l'usage des habitants d'une maison. Nous ne voyons pas pourquoi la même règle ne serait pas suivie quand le bois qui peut être pris est destiné à l'entretien de bâtiments. C'est bien le cas de dire que l'esprit ne peut concevoir la servitude sans songer à des constructions, puisqu'elle a été précisément établie dans l'intérêt de ces constructions dont l'idée est inséparable de la servitude. Il y a bien ici *servitus ædificio inhærens;* car si le propriétaire du fonds dominant renonçait à avoir des bâtiments, la servitude perdrait sa raison d'être.

78. Nous avons vu que pour les servitudes consistant *in faciendo* le non-usage suffisait à entraîner leur extinction au bout d'un certain temps. Le motif qui justifie cette doctrine, tiré de ce que l'état de liberté commence alors dès que le propriétaire du fonds dominant a cessé de se livrer aux actes autorisés par la servitude, ce motif a la même valeur à l'égard de toute servitude de cette espèce, qu'elle soit rustique ou urbaine. Néanmoins une observation est nécessaire en ce qui concerne la fixation du point de départ de la prescription extinctive. Quand il s'agit d'actes que le propriétaire dominant est libre d'opérer chaque jour à son gré, le cours du délai du non-usage sera contemporain du dernier exercice de la servitude. La solution ne pourra être la même, s'il n'y a point faculté d'agir à tout moment sur le fonds assujetti, si le *jus faciendi* a trait à des services dont l'utilité n'est pas quoti-

dienne, et ne se produit qu'à des intervalles éloignés, notamment quant au droit de prendre du bois, de la pierre sur le fonds d'autrui pour l'entretien de tels bâtiments. Il faut dire alors que, une fois les besoins du fonds dominant satisfaits, tout le temps qui s'écoule jusqu'à ce que de nouveaux besoins se produisent ne doit pas entrer en ligne de compte. Dans ces circonstances, en effet, le droit de servitude n'est pas un droit existant chaque jour de manière à pouvoir être mis en pratique. C'est plutôt un droit intermittent, à des échéances incertaines qui seront déterminées par l'état du fonds dominant. Il ne saurait y avoir non-usage pour un droit qui n'est pas encore né, qui n'est pas susceptible d'être exercé. Le *jus faciendi* est conditionnel, subordonné à l'éventualité des besoins auxquels la servitude est destinée à pourvoir. Mais supposez que la faculté de tirer parti de la servitude ait été négligée quand il y avait lieu de l'invoquer, que les matériaux qui auraient pu être demandés au fonds servant aient été pris ailleurs, dès cet instant apparaît le non-usage, qui recevra sa force extinctive par le seul laps du temps, sans qu'il soit nécessaire que le propriétaire du fonds grevé ait rien fait pour contrarier la servitude. L'affranchissement sera acquis indépendamment de tout obstacle apporté à l'exercice du droit; en un mot, l'usucapion de la liberté ne sera nullement exigée.

79. Faut-il admettre que les jurisconsultes romains ont été touchés de cette idée que les servitudes conférant le *jus aliquid faciendi in alieno* devaient être assujetties à l'extinction par le non-usage, sans s'inquiéter de savoir si les actes à accomplir devaient profiter ou non à des constructions? Comment peut-on s'expliquer qu'ils aient considéré comme rurales certaines servitudes ayant précisément la forme du *facere*, bien qu'elles ne se comprennent que dans l'intérêt de bâtiments, si ce n'est afin de les soumettre au régime du *non usus* qu'emportait habituellement le caractère rural de la servitude? Ainsi la loi 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.*, place au nombre des servitudes rustiques, à côté des droits de puisage, de pacage, d'abreuvage, le droit de faire cuire de la chaux, ou celui d'extraire du sable. Cependant il est clair que l'exercice de pareils faits se rapporte à des besoins qui supposent l'existence de bâtiments. On ne peut songer assurément à de semblables servitudes sans que l'idée de construction se réveille. Il y a là

une faculté utile au propriétaire de bâtiments; et nous savons que tout *ædificium*, fût-il à la campagne, constituait un *prædium urbanum*. Un autre fragment, tiré du même titre, la loi 6, § 1, reconnaît la validité de servitudes de ce genre, et la rattache positivement aux besoins des constructions assises sur le fonds dominant. (« *Jus calcis coquendæ, et lapidis eximendi,* « *et arenæ fodiendæ, ædificandi ejus gratia quod in fundo est.* ») Nous concevons bien que des servitudes de cette espèce soient gouvernées comme le sont ordinairement les servitudes rurales au point de vue du mode d'extinction. Mais, s'il est vrai que les bâtiments, sis en tout lieu, doivent être qualifiés de *prædia urbana*, s'il est vrai que toute servitude utile à un *prædium urbanum* fournit un *jus prædii urbani*, les Romains ne se sont-ils pas laissé aller à oublier les principes qu'ils proclament comme base de leur division des servitudes [1] ?

80. En dernière analyse, nous restons convaincu de l'inopportunité de la division des servitudes prédiales en rustiques et urbaines. Les inconvénients de cette division apparaissent surtout quand il s'agit de la faire concorder avec les deux modes différents d'extinction, simple non-usage et usucapion de la liberté. Notre opinion est qu'il faut sur ce point abandonner les considérations qui servaient depuis un temps immémorial à classer les servitudes d'après la qualité du fonds dominant. Si l'on veut encore ici appliquer rigoureusement la distinction entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines, on tombe, nous l'avons vu, dans des difficultés inextricables. Nous avons essayé de dégager la règle qui doit être

[1] Nous avons évité de faire intervenir dans notre discussion la loi 2, pr., D., *De serv. præd. rust.*, où le jurisconsulte Nératius qualifie *servitutes prædiorum rusticorum* des servitudes qui dans tous les systèmes ne se comprennent qu'à titre de servitudes urbaines, par exemple le *jus altius tollendi, protectum habendi*, etc. Parmi les nombreuses explications proposées à l'occasion de ce texte qui a fait le désespoir des commentateurs, la plus satisfaisante, à notre gré, est celle qui consiste à dire, par analogie de la loi 23, § 1, D., *De serv. præd. urb.*, qu'au profit d'un terrain aujourd'hui non bâti il est permis de constituer des servitudes qui ne recevront leur utilité qu'alors que le sol dominant sera couvert de constructions. Nous sommes loin d'approuver la pensée de Nératius, qui a le tort de ne pas tenir compte du véritable but de la servitude; mais cette explication, qui nous paraît la meilleure, prouverait jusqu'à quel point l'état du fonds dominant était pris en considération pour qualifier la servitude.

adoptée pour séparer le domaine du ***non usus*** de celui qui appartient à l'*usucapio libertatis*. Sans doute cette règle ne cadre pas exactement avec la division seule officielle des Romains. Mais est-il indispensable d'aboutir à ce résultat que cette antique division était heureusement choisie et exempte de tout défaut? Elle était mauvaise, nous le répétons; elle reposait sur une base vicieuse, parce que des servitudes de même nature conviennent également à des héritages ruraux et à des héritages urbains. De vains efforts ont été faits pour défendre cette distinction, en la transformant, en la défigurant. Elle n'a vécu que trop longtemps, et il est fâcheux que notre législateur ait cru devoir lui faire l'honneur de la reproduire. Heureusement il a évité d'en tenir compte pour tracer les règles, soit de l'établissement, soit de l'extinction des servitudes; mais il eût mieux valu laisser dans l'oubli ces qualifications devenues parfaitement inutiles [1].

[1] On peut faire la même remarque au sujet de la distinction des fruits en naturels et industriels. C'est encore au droit romain que notre législateur a emprunté cette division; et le soin qu'il prend d'indiquer que tels produits constituent des fruits naturels (V. art. 583 C. Nap.) donnerait lieu de penser qu'il y a quelque intérêt à séparer ceux-ci des fruits industriels. Cependant, quand on se demande le *cui bono*, il est impossible de le découvrir, et l'on est forcé de reconnaître que cette distinction des fruits est tout aussi oiseuse que la distinction des servitudes en rurales et urbaines. Malheureusement les Pandectes, à côté de maints textes décisifs pour repousser toute distinction, contiennent une décision isolée de Pomponius, la loi 45, D., *De usur.*, d'où il semble bien résulter que ce jurisconsulte était d'avis de traiter différemment les fruits naturels et les fruits industriels. C'est là l'unique cause qui a servi à alimenter la controverse longtemps agitée entre les Docteurs à l'occasion des fruits naturels ou industriels. Comme Pothier (*Propriété*, n° 337) avait justement condamné cette distinction, on peut s'étonner que les rédacteurs de notre Code ne l'aient pas laissé reposer dans les *selectæ quæstiones* de Vinnius. Grâce au ciel, elle est dépourvue de toute utilité; car, s'il fallait l'appliquer en pratique, il serait souvent fort délicat de se prononcer sur le véritable caractère de tels ou tels fruits.

DISTINCTION

DES SERVITUDES

EN DROIT FRANÇAIS.

81. Après avoir analysé les textes du droit romain, relativement aux distinctions admises entre les servitudes prédiales, nous abordons le même sujet dans le droit actuel. Nous avons déjà laissé pressentir que nous n'étions pas disposé à approuver toutes les décisions de notre Code en cette matière. Essayons de justifier les critiques dont nous paraît susceptible la théorie moderne.

82. Notre législateur a consacré une triple distinction parmi les servitudes, suivant qu'elles sont urbaines ou rurales, continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes. Nous négligerons la première de ces divisions, sur l'inutilité de laquelle tout le monde est d'accord, et nous nous bornerons à apprécier l'opportunité des deux autres antithèses, continuité ou discontinuité, apparence ou non-apparence. Ces derniers caractères sont les seuls qui aient de l'importance, et dont il faille tenir compte afin de déterminer les règles à appliquer dour la constitution ou l'extinction des servitudes. L'admis-

sion ou le rejet de l'action possessoire se lie également à cette double distinction.

83. Entre les deux divisions des servitudes qui présentent un intérêt positif dans le droit actuel, celle qui repose sur la continuité ou la discontinuité est assurément prépondérante. Elle est la plus féconde en conséquences ; car elle joue son rôle, soit au point de vue de l'établissement des servitudes, soit au point de vue de leur extinction, tandis que sous ce dernier rapport l'apparence ou la non-apparence est indifférente. La continuité est d'ailleurs un élément dont la véritable détermination présente des difficultés, malgré le soin qu'a pris le législateur de définir ce qu'on devait entendre par là. Aussi verrons-nous que des dissidences se sont produites tant dans la jurisprudence que dans la doctrine pour décider si telle servitude doit être envisagée comme continue ou discontinue.

84. Nous dirons tout d'abord, en commençant cette dissertation, que le signe pris pour base de la continuité ou de la discontinuité ne méritait pas à nos yeux l'importance que lui ont donnée les rédacteurs du Code. Aux termes de l'art. 688, la continuité tient à cette circonstance que le fait *actuel* de l'homme est inutile pour l'*usage* ou l'*exercice* de la servitude; la discontinuité dérive de la nécessité du fait *actuel* de l'homme dans le même but. Voilà la distinction capitale aujourd'hui, celle qui sert de fondement à toute la théorie actuelle sur les modes de constitution ou d'extinction. Les servitudes qui offrent le caractère de continuité, ainsi déterminé, ont été traitées avec faveur, tandis qu'une grande sévérité a été déployée à l'égard des servitudes qualifiées discontinues. Il y a peut-être témérité à blâmer cette distinction, qui est généralement approuvée, et dont le sens, a-t-on prétendu, a été précisé avec beaucoup de clarté. Nous espérons nous faire absoudre de ce reproche, si nous réussissons à démontrer que les expressions employées dans l'article 688 ne correspondent pas exactement à la véritable pensée du législateur. On peut douter aussi qu'il y ait eu chez lui un système bien arrêté quant aux conditions de l'établissement des servitudes par la destination du père de famille. Du moins la grave controverse, qui s'est élevée sur l'influence appartenant ici à l'élément de continuité ou discontinuité, a trouvé sa cause dans l'incertitude de

doctrine que semble accuser le rapprochement des articles 692 et 694. Les longues discussions auxquelles ces articles ont donné lieu n'ont pas abouti, nous le croyons, à dégager une solution satisfaisante du problème, et à dissiper l'obscurité du style législatif.

85. L'intérêt principal qui s'attache dans notre droit à la continuité ou à la discontinuité concerne les règles suivant lesquelles peuvent se constituer les servitudes. Nous verrons plus tard que, si cet élément reparaît à l'occasion de l'extinction des servitudes, il ne joue en cette occurrence qu'un rôle peu important, rôle qui doit sans doute être relevé théoriquement en l'honneur de l'article 707, mais qui, en réalité et dans la pratique des faits, a bien peu de chances pour offrir de l'utilité. Il en est tout autrement de la valeur accordée au caractère de continuité en vue d'autoriser tel ou tel mode d'établissement. Les textes du Code sont fort positifs pour écarter la prescription comme moyen d'acquérir une servitude toutes les fois qu'elle n'est pas en même temps apparente et continue. A l'égard de la destination du père de famille, nous avons signalé la difficulté que présente la question de savoir s'il faut encore ici faire une part à la distinction puisée dans la continuité ou la discontinuité. Nous aurons à y revenir; mais, comme il est incontestable que c'est surtout au point de vue de l'efficacité de la possession en matière de servitudes que notre législation a le plus nettement accusé la démarcation entre celles qui seraient continues et celles qu'on devrait appeler discontinues, nous nous occuperons en premier lieu d'examiner la base sur laquelle est assise cette division, et d'apprécier les conséquences qui en ont été déduites relativement à la prescriptibilité des servitudes.

86. On n'a pas oublié que l'origine de la distinction capitale reconnue par nos lois a été souvent attribuée au droit romain. La division des servitudes en continues ou discontinues se trouvait, a-t-on dit, contenue en germe dans la division des servitudes en urbaines ou rurales, avec laquelle elle s'harmonisait à peu de chose près. L'une des divisions devait nécessairement engendrer l'autre, qui ne serait qu'une rectification de la première, en ce qu'elle laissait à désirer. Les efforts des commentateurs auraient préparé ce perfectionnement, et notre

législateur aurait eu le mérite de dégager définitivement le véritable caractère dont il y a lieu de tenir compte pour différencier les règles applicables aux servitudes. — Nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que ce système prête aux rédacteurs de notre Code une intention qu'ils n'ont pas eue assurément. Il ne pouvait être dans leur esprit de supplanter la distinction des servitudes urbaines ou rurales par celle des servitudes continues ou discontinues, puisqu'ils ont religieusement conservé l'antique distinction, en lui donnant un sens autre que celui qu'ils attachaient à la continuité ou discontinuité. Dans tous les cas, l'usage que les rédacteurs du Code ont fait de la distinction nouvelle qu'ils consacraient législativement ne leur était pas inspiré par l'idée de suivre les errements du droit romain. Nous avons constaté, en effet, que cette législation n'établissait aucune différence entre les servitudes quant à la possibilité de les acquérir au moyen d'une possession suffisamment prolongée. Les exigences du droit romain, quant à la durée du temps, étaient d'ailleurs moindres que celles de notre droit, qui n'admet pas d'une manière générale la prescription. A Rome, on se contentait d'une *longa possessio*, dont le terme était fixé quelquefois à dix années, et ne dépassait jamais vingt ans. Chez nous, au contraire, la possession doit se continuer pendant trente années pour qu'il y ait prescription faisant acquérir une servitude; et cet effet ne se produit qu'autant que la servitude est continue, la possession même immémoriale restant impuissante pour l'établissement d'une servitude discontinue. Concluons-en que, s'il est bon de distinguer entre les servitudes pour ouvrir aux unes et fermer aux autres la faculté de se constituer par la voie de la possession, c'est là une doctrine étrangère aux jurisconsultes romains, qui n'ont point à cet égard imaginé de poser des règles diverses suivant qu'il s'agirait d'une servitude appartenant à telle catégorie plutôt qu'à telle autre.

87. Il ne saurait y avoir un doute sérieux sur le motif qui a dicté les articles 690 et 691, par lesquels se trouve aujourd'hui régie l'application de la prescription comme moyen d'acquérir les servitudes. On a voulu opérer une transaction entre les dispositions diverses que présentait à ce sujet le droit antérieur au Code, dispositions fort discordantes, dont la variété

infinie a été relevée notamment par Lalaure. La condamnation absolue de la prescription, qui prévalait dans la plupart des coutumes, c'est-à-dire la maxime *nulle servitude sans titre* a paru trop rigoureuse. D'un autre côté, le système en opposition directe avec le précédent, système qui admettait la prescription pour toutes les servitudes indistinctement, a été écarté comme entraînant de graves inconvénients. On s'est donc arrêté à un terme moyen, en faisant deux catégories de servitudes, dont les unes seraient susceptibles de s'établir par la prescription, tandis que les autres seraient exclues de ce mode de constitution. Là où la servitude offre à la fois le caractère d'apparence et celui de continuité, notre législateur a estimé qu'il n'y avait pas danger à ouvrir la voie à la prescription; mais la réunion de ces deux conditions a été jugée indispensable, et à défaut de l'une d'elles, la possession, fût-elle immémoriale, a été déclarée dépourvue de toute valeur.

88. En ce qui concerne la condition d'apparence, on n'est pas embarrassé pour la justifier; elle tient à un caractère exigé dans la possession pour qu'elle soit utile à l'effet de prescrire, savoir la publicité. C'est donc très-justement que la prescription a été rejetée quant aux servitudes que les anciens auteurs appelaient latentes, occultes, non visibles, qui sont qualifiées aujourd'hui de non-apparentes, pour lesquelles, suivant les expressions de l'article 689, il n'y a point signe extérieur d'existence. Il faut que le propriétaire d'un fonds, que l'on veut grever d'une servitude à la suite d'une possession prolongée, ait été en mesure de s'opposer à l'accomplissement de la prescription, que par conséquent il ait pu s'apercevoir aisément des actes de jouissance dont la répétition continuée paisiblement et sans trouble devait avoir pour résultat d'engendrer une servitude, ou du moins de dispenser de rapporter le titre qui l'a jadis créée. Nous concédons volontiers qu'à cet égard on ne se montre point facile, qu'on ne se décide à sacrifier la liberté d'un héritage qu'autant que le maître du fonds assujetti, bien et dûment averti de la prétention à la servitude, dont les signes se révélaient clairement à ses yeux, aura gardé pendant trente ans un silence, duquel on est fondé à induire qu'il a avoué la nécessité de subir comme régulier un état de choses parfaitement connu de lui, et dont il ne cherche

à écarter le poids que quand il espère trouver son adversaire dépourvu des moyens de prouver son droit.

89. Mais pourquoi l'apparence dans une servitude ne suffit-elle pas à légitimer la prescription? Pourquoi à ce caractère doit-on ajouter celui de la continuité, c'est-à-dire que le fait *actuel* de l'homme soit inutile pour l'usage de la servitude? En vain le prétendant à la servitude se sera-t-il permis des actes très-onéreux pour le fonds voisin, causant un préjudice sensible au propriétaire de ce fonds. En vain se sera-t-il comporté de la façon la plus ouverte, la plus éclatante; aura-t-il manifesté ses intentions par des ouvrages extérieurs, en travaillant sur l'héritage d'autrui, en le disposant à son gré de manière à le rendre propre à lui rendre les services qu'il est dans l'habitude d'en retirer. Quelque durée qu'ait eu une possession aussi caractérisée, elle est condamnée à rester stérile pour produire un droit, si par hasard la servitude est telle que le maître du fonds qui serait dominant ait été dans l'obligation, chaque fois qu'il a voulu se procurer l'avantage par lui obtenu, de faire quelque chose, de déployer une activité nouvelle. C'est là ce qui constitue le vice de discontinuité, par suite duquel la prescription est écartée, même en présence d'une possession immémoriale.

90. Pour rendre compte de cette exigence, les premiers auteurs qui ont interprété le Code Napoléon avaient imaginé de conclure de la discontinuité de la servitude, entendue ainsi que la définit l'article 688, au défaut de continuité dans la possession, c'est-à-dire à l'absence de l'une des qualités sans lesquelles la possession est impuissante à engendrer la prescription. Telle fut la doctrine enseignée par Delvincourt, Pardessus, Demante et Duranton. Cette explication semblait s'étayer de l'autorité du droit romain; on avait soin, en effet, d'invoquer à l'appui un texte de Paul, la loi 14, *pr.*, *De servit.*, texte malheureux, qui est assurément le point de départ des fausses idées à l'aide desquelles s'est fondée la théorie, beaucoup trop absolue à notre gré, suivant laquelle les servitudes dites discontinues doivent généralement être exclues du bénéfice de la prescription. Ce fragment, nous le connaissons déjà, et nous avons eu occasion de le citer dans la première partie de notre travail. Paul veut établir cette proposition, que les servitudes rurales ne sont pas susceptibles d'*usucapion*. La chose

était facile, puisqu'une loi Scribonia avait été portée précisément en vue de soustraire les servitudes au domaine de l'usucapion, ainsi que nous l'apprend ailleurs le même jurisconsulte. Au lieu de s'en tenir à cette raison péremptoire, Paul allègue deux motifs, dont l'un n'est pas meilleur que l'autre. Le premier consiste à dire que les servitudes rurales sont incorporelles, ce qui est également vrai à l'égard des servitudes urbaines, et ce qui d'ailleurs en soi n'est pas un obstacle à l'acquisition par la possession. Paul ajoute ce second motif, que les servitudes rurales ne se prêtent pas à une possession certaine et continue : « *Vel ideo quia tales sunt* « *servitutes, ut non habeant certam continuamque posses-* « *sionem.* »

91. Laissons de côté quant à présent le caractère de *certitude* sur lequel nous reviendrons, pour ne nous occuper que de la *continuité.* L'idée de la continuité dans la possession serait attachée, suivant Paul, à cette circonstance que l'exercice du droit se manifesterait d'une façon permanente et sans la moindre interruption. C'est la servitude de passage qui est empruntée pour exemple dans la loi 14; cette servitude est en effet celle qui est le plus volontiers citée pour faire comprendre la discontinuité : « *Nemo enim tam perpetuo, tam* « *continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus inter-* « *pellari videatur.* » — Nous ne craignons pas de dire, malgré toute la déférence due à un jurisconsulte aussi éminent, que cette manière d'entendre la continuité de la possession n'était pas plus exacte dans la législation romaine qu'elle ne l'est dans la nôtre. L'acquisition par le temps deviendrait impraticable, si pour acquérir de la sorte il fallait constamment agir sur la chose possédée, ne jamais cesser d'être en contact avec elle, si l'on ne devait rigoureusement tolérer aucune intermittence dans les actes d'exercice du droit. Le texte, on le voit, est inexorable; il n'accorde nul répit, ne fait pas grâce d'une minute (*nullo momento*). Avec ce système, il est clair qu'il faut renoncer à baser une servitude de passage sur la prescription, la chose exigeant une énergie d'activité déniée à l'homme, que l'esprit ne conçoit qu'à titre de supplice infligé par la puissance divine au personnage bien connu que nous offre une légende chrétienne. En revenant aux règles que nous avons constatées précédemment, nous pouvons affirmer que

les Romains n'ont pas compris, au point de vue de la continuité, les conditions de la possession avec cette exagération qui la rendrait inaccessible aux forces humaines. Nous avons vu que, si l'usucapion avait cessé de fonctionner pour constituer les servitudes à partir de la loi Scribonia, le Préteur du moins protégeait efficacement, à l'occasion de toutes les servitudes, sans excepter celles qui étaient rurales, la possession prolongée pendant dix ou vingt ans. Sans doute la différence était grande quant à la mesure du temps entre ces deux institutions, *usucapio et longi temporis possessio*. Mais, en réalité, dans les deux cas, c'est toujours la possession, à doses diverses de durée, qui apparaît comme l'instrument de l'acquisition; et au fond, en négligeant des distinctions, qui n'ont qu'un caractère secondaire, on peut dire que l'*usucapio* était un moyen d'acquérir par la possession à bref délai, tandis que la *longi temporis possessio* était un moyen d'acquérir par la possession à une échéance beaucoup plus reculée. Particulièrement, en ce qui concerne les servitudes de passage, la possession du droit de passer, malgré l'impossibilité incontestable d'un exercice sans le plus léger relâche, était si bien prise en considération que le maintien de la possession se trouvait garanti par un interdit spécial. Il suffisait que les actes de passage ne remontassent pas au delà d'une année, quand même ils ne se seraient produits durant le cours de l'année que pendant un espace de temps assez restreint, lequel ne dépassait pas trente jours : « *Vel modico tempore, id est, non minus* « *quam triginta diebus,* » suivant la loi 1, § 2, *De itin. actuque*.

92. Le législateur français, en plaçant la continuité au nombre des qualités que doit réunir la possession afin de fonder la prescription, n'a pas songé davantage à imposer à celui qui veut prescrire cette perpétuité de mouvement qui serait le signe de la continuité. Une possession continue est une possession exercée d'une façon persévérante, avec esprit de suite, qui n'est pas abandonnée, puis reprise; c'est une possession qui ne craint pas de se manifester autant de fois qu'il y a utilité de le faire, parce qu'elle émane d'un individu ayant conscience de son droit. La fréquence dans la répétition des actes de possession, nécessaire pour constituer la continuité, varie suivant la nature de la chose possédée; elle se mesure

sur les besoins qu'éprouve le prescrivant de recourir à l'exercice de la faculté qu'il s'attribue. A propos d'une servitude de passage, l'élément de continuité différera sensiblement d'une espèce à l'autre. S'agit-il d'accéder à une maison, à un jardin, les actes de possession seront quotidiens; que le passage serve à l'exploitation d'une prairie, d'une forêt, le titulaire de la servitude n'en possédera pas moins avec continuité, bien qu'il passe beaucoup moins souvent, pourvu qu'il use du passage chaque fois qu'il y a pour lui nécessité d'en user. Aussi la jurisprudence n'hésite-t-elle pas à admettre l'action possessoire au sujet d'une servitude de passage, du moment où, un titre étant invoqué, l'origine de la possession cesse d'être suspecte.

93. Le motif tiré de la prétendue impossibilité d'une possession continue à l'égard des servitudes discontinues ne pouvait faire fortune; aussi a-t-il été abandonné par les auteurs les plus exacts. Après Toullier et Proudhon, qui avaient indiqué le véritable sens de cette règle, Belime, dans son *Traité de la possession*[1], s'est attaché à faire ressortir l'inanité de l'explication à laquelle s'étaient d'abord arrêtés les interprètes du Code, et M. Demolombe[2] a prêté l'appui de sa puissante autorité à une autre explication, qui est aujourd'hui généralement admise[3]. La disposition de l'article 691 est fondée sur cette idée que, en matière de servitudes discontinues, à défaut de titre, leur exercice doit être considéré comme n'étant que le résultat d'une tolérance; on ne doit y voir que le témoignage d'un esprit de familiarité, de rapports de bon voisinage. Le législateur désire que de pareils sentiments président aux relations journalières existant entre les propriétaires des héritages qui se touchent; et, pour encourager le développement de ces sentiments, il a pris soin de déclarer que celui qui se montrerait officieux et complaisant ne serait jamais exposé à

[1] Voir n° 256.

[2] *Traité des servitudes*, t. II, n° 786.

[3] Nous croyons pouvoir affirmer que la doctrine de l'école de Paris ne mérite plus le reproche que Belime lui avait adressé à ce sujet. Déjà, en 1851, Ducaurroy, *Commentaire théorique et pratique du Code civil sur l'article* 691, avait signalé exactement l'origine de cette disposition, et en 1853, Demante, *Cours analytique du Code Napoléon*, t. II, n° 546, s'était rallié à cette théorie.

éprouver un préjudice. C'est pourquoi, d'une manière générale, la présomption de précarité a été attachée à tous les actes de possession exercés sous la forme d'une servitude discontinue, toutes les fois que le *droit* d'agir ainsi ne se trouve point justifié par l'existence d'un titre.

94. Un coup d'œil jeté sur notre ancien droit français ne permet pas d'hésiter sur l'origine de l'article 691.

95. La question de savoir si la prescription devait être admise comme moyen d'acquérir les servitudes était une de celles qui avaient autrefois le plus tourmenté les esprits. La meilleure partie du traité de Lalaure sur les servitudes réelles est consacrée à l'exposition des règles qui gouvernaient en cette matière les pays de droit écrit et les pays coutumiers. Dans ce tableau curieux, composé avec beaucoup de soin, à l'appui duquel ont été rassemblés de nombreux documents, la France nous apparaît comme un échiquier divisé en une multitude de cases de grandeur fort inégale. Ici la prescription est rejetée d'une façon absolue; là elle est admise, mais presque toujours avec plus ou moins de parcimonie. Bien rarement elle a un jeu libre; elle est en général accompagnée de limitations, de restrictions, de tempéraments, qui changent d'une localité à l'autre. On peut d'ailleurs constater que dans plus d'une contrée les principes étaient loin d'être arrêtés avec fixité. Non-seulement les auteurs se combattaient, mais encore quelques-uns n'étaient pas d'accord avec eux-mêmes; aussi Lalaure a-t-il relevé des variations d'opinion dans les écrits de plusieurs d'entre eux.

96. Cette incertitude fait foi de la difficulté du problème, quand on prétend le résoudre *in abstracto*, au moyen de certaines règles posées *à priori*, règles auxquelles il faudra plier nécessairement toutes les servitudes, quelque différence de physionomie qu'elles puissent offrir. La propriété, l'usufruit sont des droits réels, qui se manifestent par des actes toujours semblables, et faciles à reconnaître. La servitude prédiale est, au contraire, un Protée à mille formes, susceptible de se produire sous les aspects les plus variés. Ce n'est pas uniquement dans la comparaison de tel genre de servitude avec tel autre genre qu'éclate la diversité. On la retrouve également à l'occasion de la même sorte de servitude, c'est-à-dire d'un droit

qui ne change pas de nom, quoiqu'il change notablement d'allures, de manière d'être. Prenons la servitude de passage, qui de tout temps a donné lieu aux plus vifs débats quant à la légitimité de la prescription pour son établissement. Quelle ressemblance peut-on trouver entre les deux hypothèses suivantes? Voici un passage qui s'est exercé de loin en loin, sans laisser aucunes traces, qui s'est pratiqué tantôt ici, tantôt là, n'entraînant nul dommage parce que la traversée s'opérait sur un terrain dépouillé de fruits. Voici, d'un autre côté, un passage révélé par des signes patents, facilité par des travaux extérieurs, qui a une assiette fixe, qui condamne à rester stérile le sol employé pour effectuer le passage. Les raisons qu'on peut invoquer pour dépouiller la possession de toute valeur seront très-puissantes dans la première hypothèse, tandis que, dans la seconde, les motifs qui militent en faveur de l'efficacité de la prescription acquerront une prépondérance incontestable. Il n'y a pas de matière où l'appréciation des circonstances joue un rôle plus important, et par conséquent qui soit plus rebelle à s'assujettir à des formules législatives, fixées d'autorité, sans tenir compte des faits essentiellement variables.

97. Pour réglementer ce sujet, on se trouve placé entre deux écueils. D'une part, il y a danger d'exposer trop facilement la propriété à une dépréciation fâcheuse, en sanctionnant à perpétuité des charges dont l'existence ne se sera pas annoncée par une possession suffisante; il y a danger aussi d'éteindre entre voisins l'esprit de familiarité et de concorde, en rendant victime de sa complaisance celui qui aura toléré des actes peu préjudiciables. D'une autre part, on court le risque de compromettre l'existence de droits qui ont été autrefois légitimement acquis, dont le temps seulement a détruit la preuve. La législation romaine avait obéi à cette dernière considération; nous savons que le droit prétorien avait fait prévaloir l'autorité de la possession pour l'établissement de toutes les servitudes sans distinction. Dans notre ancienne jurisprudence française, les inconvénients attachés à la prescription étaient ceux qui avaient le plus vivement frappé; et il y avait eu en général réaction contre les véritables règles du droit romain, bien qu'on eût laissé cependant une certaine part au jeu de la prescription.

98. Si nous consultons les usages les plus suivis dans les pays de droit écrit, nous voyons que partout à peu près les parlements avaient modifié la doctrine romaine. En premier lieu, le délai de dix ou vingt ans fut mis de côté pour y substituer la prescription trentenaire, ce qui rendait beaucoup moins menaçante cette voie d'établissement des servitudes, et ce qui avait en outre l'avantage d'écarter les difficultés inhérentes à la condition du juste titre et de la bonne foi, point sur lequel les documents du droit romain présentent peu de certitude. Un autre changement plus important consista à diviser les servitudes en catégories, de manière à n'admettre que pour certaines d'entre elles la prescription trentenaire. On distingua les servitudes qui seules, disait-on, avaient un caractère d'existence continue d'avec celles pour l'usage ou l'exercice desquelles le fait actuel de l'homme était nécessaire. Pour les premières, l'acquisition par une possession de trente ans fut autorisée; quant aux autres, la possession immémoriale fut considérée comme seule capable de les justifier. On croyait, en faisant cette distinction, suivre les errements du droit romain [1]; on s'appuyait en effet sur l'autorité des interprètes les plus accrédités, de Cujas, de Duarein. On s'imaginait même ouvrir à la prescription ordinaire une carrière plus large que ne l'avaient fait les Romains. La continuité ne fut pas en effet poussée à l'absolu; il suffisait de ce qu'on appelait une quasi-

[1] Il n'est pas douteux pour nous que le droit prétorien accueillait la *longi temporis possessio* même pour les servitudes exigeant le fait actuel de l'homme, celles qu'on a qualifiées *servitutes in faciendo*. La servitude de passage est assurément la servitude discontinue ou intermittente par excellence. Or, à l'occasion d'un droit de passage, les Romains admettaient la *prærogativa longæ possessionis*. Il existait, en effet, au profit du titulaire d'une servitude de passage un interdit appelé *De itinere reficiendo*, qui n'appartenait qu'à celui qui pouvait prouver l'existence d'un *droit* de servitude, à la différence de l'interdit *De itinere utendo*, pour lequel on se contentait de la *possession* dans le cours de l'année du trouble. Cette distinction est signalée dans la loi 3, § 13, D., XLIII, XIX. La loi 4, § 3, *eod. tit.*, met sur la même ligne, quant à l'exercice de l'interdit, celui qui justifie d'un mode de constitution d'après le droit civil et celui qui ne peut invoquer que la *longa possessio*. « *Si quis servitutem jure impositam* « *non habeat, habeat autem velut longæ possessionis prærogativam, ex* « *eo quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.* »

continuité. Peu importait que le fait de l'homme fût nécessaire pour procurer la mise en jeu de la servitude, par exemple dans une servitude d'aqueduc qui exigerait pour l'écoulement de l'eau l'ouverture d'une vanne. Une fois l'obstacle levé, le fait persévérant de l'homme devenait inutile, ce qui était assez pour qu'il y eût continuité. Tels furent les éléments de la continuité, précisés par Cœpolla dans son *Tractatus de servitutibus*, adoptées depuis par tous les commentateurs; et c'est avec cette acception que l'idée de continuité a passé dans l'article 688 du Code Napoléon.

99. Dans les pays de coutume, l'esprit de résistance au droit romain fut plus tranché. En négligeant les variantes assez nombreuses qu'offre l'ensemble des textes sur l'exclusion plus ou moins absolue de la prescription, on peut dire avec Lalaure, p. 171, que la maxime *nulle servitude sans titre* était presque universellement adoptée dans la majeure partie des pays coutumiers. Toutefois l'incertitude de la possession, par suite de l'intermittence des faits d'usage, ce défaut particulier reproché aux servitudes qualifiées discontinues, ne pouvait expliquer comment les servitudes de toute espèce étaient soumises uniformément à la même règle. Aussi l'idée qui prévalut fut celle-ci, que les actes exercés à titre de servitude devaient sans distinction être présumés des actes de simple tolérance. Il fallait les attribuer généralement à des raisons de familiarité, de bon voisinage. On y voyait une concession gracieuse, faite en considération de la personne du possesseur actuel, qui ne pouvait dès lors être invoquée par son successeur : « *Ne quod « affectu datum est, hoc et ad exteros transire videatur,* » disait, sur l'article 187 de l'ancienne coutume de Paris, Dumoulin, en reproduisant à peu près les termes de la loi 6, D., *De servit. legat.* Pothier, commentant l'article 221 de la coutume d'Orléans, d'après lequel : « *vues, égouts et* TOUS *autres droits « de servitude ne portent saisine à celui qui les a, s'il n'a titre « valable,* » expliquait le refus de saisine, en faisant observer que la saisine « n'était pas regardée comme une possession « ou quasi-possession du droit de servitude, mais comme un « usage précaire et de simple tolérance, qui ne pouvait par « conséquent faire acquérir par prescription le droit de servitude. » On retrouve partout le même langage. Ainsi un commentateur de la coutume de Mantes et Meulan, pour justi-

fier comment dans ces coutumes les servitudes ne pouvaient s'acquérir par prescription, s'exprimait de la sorte : « *On y* « *présume le précaire, et qu'elles ont commencé par simple cour-* « *toisie de la part du propriétaire.* »

100. Les tempéraments admis pour mitiger la rigueur du rejet de la prescription confirment pleinement cette vérité que la présomption de précarité servait de base à la règle. Cette présomption se trouvait-elle écartée par l'existence d'un titre émanant *à non domino*, la prescription de dix ou vingt ans n'était point repoussée sous l'empire des coutumes qui ne condamnaient que l'acquisition fondée uniquement sur la possession. Pothier, sur la coutume d'Orléans, dans son introduction au titre XIII, *Des servitudes réelles*, art. 2, § 8, écrivait qu'alors : « *ma possession ne peut passer pour une tolérance,* « *puisque j'use du droit de servitude en ce cas*, tanquam juste « existimans me jus servitutis habere. » De même, quand la possession se continuait à la suite d'une contradiction opposée au droit du propriétaire, la prescription devenait possible *a die contradictionis*, dans l'opinion de la plupart des auteurs, la possession désormais ne pouvant, disait-on, être réputée secrète ni précaire; et diverses coutumes contenaient à cet égard des dispositions formelles. Enfin le besoin de la prescription en pareille matière, pour sauver des droits dont l'ancienneté attestait la légitimité, se faisait tellement sentir que, dans les coutumes dont le texte positif n'y résistait pas, les meilleurs esprits (notamment l'oracle du droit coutumier) reconnaissaient qu'il fallait faire grâce en faveur de la possession centenaire ou immémoriale. Pothier, tout en reconnaissant la difficulté de cette solution, inclinait cependant à y souscrire. Voici ses observations sur l'article 221 de la coutume d'Orléans : « Paris « ajoute : *même de cent ans.* Mais dans les coutumes, telles « que la nôtre, qui ne s'expliquent pas, il y a de bonnes raisons « pour soutenir que l'usage centenaire vaut titre et établit la « servitude. Cela est conforme à la doctrine de Dumoulin, qui « enseigne en son conseil 26, n°s 24 et 25, que la possession « centenaire vaut titre, et que les lois qui excluent la pres- « cription *par quelque laps de temps que ce soit*, ne devaient pas « s'entendre de la centenaire : *Quia ejusmodi tempus habet* « *vim constituti, nec dicitur præscriptio, sed titulus, et nun-* « *quam censetur exclusa etiam per legem prohibitivam, nec*

« *per quæcumque verba quamcumque præscriptionem exclu-*
« *dentia*[1]. »

101. Les choses se trouvaient en cet état au moment où les rédacteurs du Code civil vinrent doter la France du bienfait d'une législation unique; et assurément il était peu de matières sur lesquelles cette réforme se fît plus désirer. Nous savons quel fut le système adopté. La doctrine, qui repoussait d'une façon absolue la prescription comme mode de constituer les servitudes, ne fut pas accueillie, et les principes reçus en pays de droit écrit, où la prescription trentenaire était admise pour certaines servitudes seulement, prévalurent en définitive, sauf le rejet de la possession immémoriale, qui fut déclarée elle-même insuffisante quant aux servitudes à l'égard desquelles la prescription de trente ans était écartée. C'était en effet une exagération évidente que de frapper impitoyablement d'une présomption de précarité tous les actes au moyen desquels pouvait s'exercer une servitude quelconque, de les considérer sans distinction aucune comme s'expliquant par un esprit de tolérance et de bon voisinage. Il était sage de distinguer une possession utile et une possession destituée de valeur. Cette distinction fut attachée à l'existence ou au défaut d'un double caractère dans la servitude, savoir l'apparence et la continuité.

102. Nous avons déjà dit que, sur le premier point, en ce qui

[1] C'était encore le droit romain qui était invoqué pour justifier l'exception faite au profit de la possession immémoriale. On a dit précédemment que, si dans les pays de droit écrit le bénéfice de la prescription trentenaire avait été limité aux servitudes continues, le temps immémorial était du moins considéré comme pouvant faire acquérir une servitude discontinue. On trouve effectivement dans le *corpus juris* certains fragments qui font mention de la possession immémoriale à l'occasion de servitudes; et pour les concilier avec ceux qui se contentent d'une *longa possessio*, les commentateurs avaient imaginé de distinguer entre les servitudes continues ou discontinues. L'illustre Savigny, *Système du droit romain*, t. IV, §§ 196 et suiv., a aplani cette difficulté avec la sûreté de vues qu'il apportait dans l'interprétation des textes de la législation romaine. Il a démontré que la possession immémoriale ne jouait un rôle que dans trois hypothèses : 1° pour l'établissement d'une *via vicinalis* comme chemin public, 2° pour la conservation des ouvrages exécutés en vue d'opérer l'écoulement des eaux pluviales, 3° enfin pour la constitution d'un droit d'aqueduc, quand il s'agissait de la dérivation d'une eau publique.

touche l'apparence, la théorie du Code était facile à justifier. Prenons garde que cette condition exclut du domaine de la prescription deux sortes de servitudes. C'est ce qui aura lieu d'abord pour les servitudes consistant *in prohibendo*, suivant le langage des commentateurs, par suite desquelles le propriétaire d'un héritage doit s'abstenir de faire chez lui telle ou telle chose, de bâtir, de planter, etc. Quel que soit le laps de temps durant lequel un propriétaire aura omis de disposer de sa chose de cette façon, on ne doit voir là qu'une pure faculté, incapable d'engendrer aucune possession au profit du voisin. Peu importe que ce dernier ait manifesté la prétention d'empêcher ce mode d'exercice de la propriété, qu'il ait même notifié cette prétention à son adversaire, et que l'abstention de la part de celui-ci se soit prolongée trente ans encore après. Où en serions-nous, s'il fallait relever tous les défis qui nous sont portés, alors qu'ils ne gênent en rien la jouissance de nos droits, s'il fallait, par exemple, se mettre à bâtir uniquement pour prouver qu'on peut le faire, ou bien engager soi-même un procès que n'ose pas entreprendre celui qui se borne à nous menacer, sans avoir le courage d'attaquer?

103. L'interdiction de la prescription en pareilles circonstances n'a rien que de fort raisonnable. Elle devient un peu moins simple à expliquer, quand il est cas de servitudes consistant à agir d'une façon ou d'une autre sur le fonds assujetti (*servitutes in faciendo*). Ici le prétendant à la servitude entreprend sur l'héritage d'autrui; il fait échec à la libre et complète possession du voisin. La jouissance *jure servitutis* se traduit par des actes patents, visibles, qui semblent devoir provoquer une résistance pour empêcher leur répétition, si ces actes ne sont pas autorisés. Celui qui passe sur le fonds d'autrui, qui vient y puiser de l'eau, y faire pacager son bétail, agit peut-être au grand jour, de telle sorte que le droit qu'il s'arroge se sera révélé aux yeux du propriétaire menacé dans la liberté de son héritage. Cela ne suffit pas pour rendre la servitude apparente; elle ne revêt ce caractère qu'autant qu'il y a des ouvrages ayant pour but de faciliter l'exercice de la servitude. A défaut de signes extérieurs et permanents, l'apparence manque, et la prescription reste impossible. La raison décisive en faveur de cette solution, indépendamment du peu de préjudice que causera en général une servitude *in faciendo*,

tient à cette considération que la possession ne constitue point alors, comme le disait Paul, L. 14, D., *De servit.*, une *possessio certa.* Les faits de jouissance sont fugitifs, transitoires; ils ont pu échapper à l'attention du voisin. On aura profité de son éloignement pour exercer la servitude, et par la négligence ou par la connivence de ses représentants il aura ignoré ce qui s'est passé. La publicité n'est point suffisante; il y a quasi-clandestinité. En cas de contestation sur la possession, il faudrait recourir à la preuve testimoniale, dont notre législateur se défie avec assez de raison; et quels dangers n'offre pas cette preuve, quand il s'agit d'établir combien de fois ont été pratiqués des actes accomplis de loin en loin, sans laisser aucune trace. En vain celui qui aspire à la servitude aurait-il hautement manifesté sa prétention en signifiant à son adversaire qu'il s'arroge tel ou tel droit. Sans doute il serait prudent alors de veiller avec soin pour s'opposer à toute nouvelle entreprise; mais ici encore la prescription ne deviendra pas possible. On ne saurait exiger du propriétaire du fonds soit-disant asservi qu'il se tienne constamment sur ses gardes, qu'il soit sans cesse aux aguets pour empêcher des actes qui surgissent à l'improviste, et qui ont pu se répéter à son insu. La loi veut que la servitude prenne corps en quelque sorte, c'est-à-dire qu'elle se révèle par des signes extérieurs et fixes, s'accusant à chaque instant aux regards du propriétaire, au fonds duquel la servitude sera imposée; sinon, pas de prescription possible.

104. Supposons maintenant que la servitude s'annonce par des ouvrages apparents, quelles sont désormais les raisons de nature à faire obstacle à la prescription? Le propriétaire du fonds assujetti ne peut pas soutenir qu'il a ignoré les prétentions de son adversaire. La preuve testimoniale se dépouille de ses inconvénients, puisqu'elle porte sur un état de choses, une disposition des lieux qui auront duré ostensiblement pendant trente ans. On ne peut alors expliquer le silence observé par le propriétaire du fonds à asservir qu'en disant que les actes pratiqués sur son héritage étaient trop peu dommageables pour qu'il s'en inquiétât, qu'il les a tolérés par esprit de bon voisinage, en un mot, que la possession exercée ne l'a été que *jure familiaritatis* et non *jure servitutis.* Nous arrivons ainsi à la présomption de précarité, qui dans l'ancien

droit coutumier s'appliquait généralement à toutes les servitudes, tandis que le législateur moderne en a restreint la portée, pour ne l'admettre qu'à l'occasion des servitudes discontinues, et la rejeter en ce qui concerne les servitudes continues.

105. Cette solution est-elle bien satisfaisante? On sait quelle est notre opinion à cet égard, opinion qu'il nous reste à justifier. Faisons observer d'abord que la méthode adoptée pour discerner la précarité ou la non-précarité en matière de servitudes, cette méthode mise à l'épreuve depuis soixante ans et plus n'a pas eu l'avantage de tarir les procès, qui jamais n'ont été plus nombreux sur le point de savoir si telle ou telle servitude est susceptible ou non d'être acquise par la prescription. Dans notre conviction, on doit voir là une difficulté d'appréciation de faits, difficulté qu'il est impossible de régler *in abstracto*, qui par sa nature échappe au domaine du législateur, et qui rentre au contraire dans la mission du juge, la réponse à cette question : *une possession est-elle précaire?* ne pouvant être faite avec exactitude qu'au moyen de l'examen des circonstances dans lesquelles s'est produite cette possession. C'est bien ainsi que l'entendaient les Romains. A leurs yeux, la possession à titre de servitude pouvait être utile; mais ils s'en rapportaient à la sagacité du juge pour décider si les actes exercés avaient eu lieu uniquement *jure familiaritatis*, cas auquel la possession était déclarée sans valeur [1]. Cependant le juge romain n'était qu'un simple particulier. N'est-il pas étrange qu'on se défie des lumières des magistrats actuels, qui ne sont investis de la mission de statuer sur les litiges qu'à la suite de longues études, et sur preuve de connaissances spéciales? Il est fort sage d'admettre, comme l'avaient fait les Romains, que les actes de tolérance ne sauraient fonder une prescription. Cette règle est écrite dans la loi; elle doit recevoir son application à toute espèce de possession, soit qu'il s'agisse d'acquérir la propriété, soit qu'il ne s'agisse que d'un démembrement de la propriété. Y a-t-il donc plus de danger dans un cas que dans l'autre à s'en remettre pour l'ap-

[1] V. notamment la loi 41, D., *De adq. vel amitt. possess.*

préciation de la précarité à l'examen de juges éclairés; et doit-on craindre, avec le corps judiciaire que nous possédons, que cet examen ne soit pas toujours fait avec discernement?

106. Si la voie par nous indiquée nous paraît la meilleure pour la solution du problème, nous n'ignorons pas que cette proposition est peu conforme aux habitudes qui sont en honneur chez nous. En suivant les discussions qui préparent la confection de nos lois, en voyant à quels détails descend la sollicitude de leurs auteurs, il est facile de se convaincre que notre système est loin d'être à l'ordre du jour. Notre législateur se charge volontiers de tout prévoir, de tout régler. On a poussé à l'extrême cette maxime de Bacon : *Optima lex quæ minimum judicis arbitrio relinquit.* La maxime est excellente à suivre, pourvu qu'on la contienne dans la limite des questions susceptibles d'être tranchées par l'autorité législative; mais elle ne peut engendrer que des inconvénients, quand elle est appliquée, comme dans notre sujet, à ce qui ne constitue autre chose qu'une appréciation de circonstances, matière essentiellement mobile et ondoyante. Nous l'avons dit, et nous le répétons; les faits prennent ici une influence prépondérante, dont il est nécessaire de tenir compte pour rendre bonne justice. Il faudrait, par conséquent, laisser au juge une liberté, une latitude de pouvoir, en se rappelant cette vérité énoncée par Dumoulin : « *Modica enim circumstantia facti magnum inducit* « *juris diversitatem.* »

107. Interrogeons les conséquences qu'a amenées le système consacré dans la loi, système basé sur la distinction entre les servitudes continues ou discontinues. Nous reconnaîtrons d'abord que cette distinction ne présente pas une assiette certaine; les auteurs disputent et les arrêts se contredisent sur le point où commence la discontinuité, la formule législative n'étant pas heureuse sans doute, ou plutôt ne répondant pas exactement par ses termes à la véritable pensée qu'on a voulu exprimer. Quelle que soit d'ailleurs la démarcation précise entre la continuité et la discontinuité, nous nous convaincrons que le but poursuivi par le législateur n'a pas été atteint. Ce but consistait à exempter du vice de précarité toute possession relative à une servitude dite continue, et à frapper au contraire d'une présomption de précarité les actes de jouis-

sance se référant à une servitude, du moment où celle-ci devrait être qualifiée discontinue. Sous le premier point de vue, en ce qui touche les servitudes continues, la distinction s'est trouvée inutile. On prétendait dispenser le juge d'apprécier la valeur de la possession, réputée à l'avance efficace et non précaire toutes les fois que la servitude serait continue. La vérité des choses l'a emporté sur la présomption implicitement écrite dans la loi, et l'examen des décisions judiciaires témoigne que plus d'une fois on a dû, à l'occasion d'une servitude méritant le titre de continue, déclarer la possession incertaine et précaire. — Sous le deuxième point de vue, quant aux servitudes discontinues, la distinction était fâcheuse, menaçante pour des droits dont la légitimité n'était pas suspecte. Malgré le vice de précarité généralement attaché à la possession s'appliquant à une servitude discontinue, il a fallu, en présence de faits qui résistaient à la présomption légale, tourner en quelque sorte le texte du Code, trouver un biais, et admettre l'efficacité de la possession, en déguisant sous un autre nom le droit prétendu. Nous n'aurons à emprunter nos arguments qu'aux décisions dont sont remplis les recueils d'arrêts en matière de servitudes. C'est en consultant les leçons de l'expérience que nous jugerons la valeur de la théorie moderne.

108. Nous avons dit que le signe admis par notre législateur pour caractériser la continuité ou la discontinuité en matière de servitudes n'était pas en harmonie avec les véritables exigences dont il est bon de tenir compte, afin de tolérer ou d'exclure la prescription. Avant de justifier l'opportunité de cette critique, nous présenterons quelques observations, dans le but d'établir que la nature des servitudes répugne essentiellement à une distinction, d'après laquelle certaines servitudes auraient une existence perpétuelle, tandis que d'autres seraient en quelque sorte intermittentes. On sait, en effet, que la servitude prédiale consiste dans un rapport entre deux héritages, par suite duquel l'un des héritages se trouve amélioré, et l'autre déprécié. Il en résulte, comme disaient les Romains, une qualité avantageuse, eu égard au fonds dominant, ou bien, en prenant le point de vue admis chez nous (art. 637 C. Nap.), une charge grevant le fonds servant. Est-il besoin de faire remarquer

que cet état de choses, cette manière d'être, constituent forcément une situation permanente, qui ne se prête à aucune idée d'intervalles de temps pendant lesquels il y aurait tantôt asservissement, tantôt liberté ?

109. Il importe peu que le fait de l'homme soit nécessaire chaque fois qu'il s'agit de retirer de la servitude l'utilité qu'elle peut conférer, ou que cette utilité se produise indépendamment d'un fait actuel. Sans doute, quand la servitude consistait *in faciendo*, ce qui répond à la servitude discontinue de notre droit, les jurisconsultes romains prenaient pour point de départ du non-usage l'acte le plus récent d'exercice de la servitude, et nous avons vu qu'en réalité on pouvait dire, après un certain temps écoulé, qu'il avait subsisté une condition de liberté, dont le premier moment était celui où la servitude avait été pratiquée pour la dernière fois. Mais ce résultat ne se produisait qu'autant que l'inaction du propriétaire dominant s'était prolongée suffisamment sans la moindre interruption. Tant qu'il y avait de sa part usage de la servitude, quelque peu fréquent qu'il fût d'ailleurs, on ne songeait pas à distinguer des périodes de liberté et des périodes d'asservissement, pas plus qu'on n'aurait dit d'un esclave qu'il passait à l'état de liberté pendant les instants de repos que lui accordait son maître, bien qu'il ne fût alors soumis à aucun travail.

110. Ce serait une erreur de croire, à l'occasion des servitudes discontinues, que l'avantage qu'elles procurent est éphémère, et n'a pas plus de durée que le temps pendant lequel s'accomplissent les entreprises sur le fonds servant. Examinons d'abord ce qui se passe pour des servitudes ne donnant lieu qu'à des actes assez rares, le droit, par exemple, de prendre du bois ou de la pierre sur l'héritage voisin pour l'entretien des constructions de l'héritage dominant. Le fait de couper du bois, d'extraire de la pierre, envisagé à l'instant où il s'exerce, quant aux efforts qu'il exige, n'apparaît que comme une chose pénible et fatigante. L'utilité, le profit, ne se produisent qu'à la suite de l'emploi des matériaux empruntés au fonds asservi. Grâce à l'usage de ces matériaux, le bâtiment dominant sera restauré, remis en état, et fournira à son maître une habitation commode de tous les instants. D'un autre côté, le dommage éprouvé par le propriétaire du fonds servant consti-

tuera un dommage permanent, puisqu'il se verra privé à jamais du bois ou de la pierre qui auront été détachés de son héritage.

111. Les choses ne sont pas autres, quand il s'agit de servitudes plus usuelles, figurant dans la liste des discontinues, comme les droits de passage, de pacage, d'abreuvage. Certes, s'il était question de la faculté de passer à titre de servitude personnelle, d'un droit de promenade sur le fonds d'autrui, on pourrait comprendre cette faculté comme procurant principalement un agrément qui se lie à un fait actuel de l'homme, et qui cesse avec ce fait, bien que l'exercice de la marche, au point de vue hygiénique, contribue d'une manière stable à réaliser les conditions d'une bonne santé, et fournisse ainsi un avantage qui survit à la durée de la promenade. Mais, dans une servitude prédiale, comme nous avons eu occasion de le dire, le fait de passer n'est que le moyen d'atteindre un but, et ce but est l'exploitation de l'héritage dominant. Celui qui a pu, à l'aide d'un droit de passage, cultiver et récolter son champ, a fait entrer dans son patrimoine la valeur des fruits recueillis, et s'est procuré un avantage fixe. En revanche, le propriétaire du fonds servant a subi un inconvénient, qui ne consiste pas seulement en ce que son terrain aura été foulé à plusieurs reprises par le passage des gens exploitant le fonds dominant. Il aura fallu le plus souvent, pour ne pas apporter obstacle à la servitude, s'abstenir de faire fructifier le sol destiné à l'assiette du passage, et l'infertilité à laquelle une portion de l'héritage grevé aura été soumise se traduira en une charge absolue, quant à sa durée. — Pareillement, si Primus, propriétaire du fonds A, peut faire pacager ou abreuver ses bestiaux sur le fonds B, appartenant à Secundus, Primus aura trouvé une ressource pour exploiter son héritage, pour entretenir les animaux attachés à la culture, et il aura enlevé pour toujours à Secundus la valeur de l'herbe ou de l'eau qui auront été consommées dans l'intérêt de celui qui n'en était point propriétaire. Il y aura eu, par conséquent, de part et d'autre, en bien ou en mal, un élément de prospérité ou de perte, qui aura fait une impression définitive sur les deux patrimoines, pour enrichir celui-ci et appauvrir celui-là. Dès lors, si l'on envisage toute servitude, quant à son caractère essentiel, qui est de constituer à la fois un avantage et une charge, selon l'héritage que l'on considère, il est clair que la continuité est toujours quelque chose d'insé-

parable de la servitude, quand bien même celle-ci n'autoriserait à agir que par intervalles de temps sur le fonds asservi.

112. Quoi qu'il en soit, notre législateur a cru devoir séparer, au point de vue de l'admission de la prescription, les servitudes exigeant pour leur *exercice* le fait *actuel* de l'homme et celles qui peuvent se passer de cette circonstance. La distinction ne porte pas assurément sur l'*existence* même de la servitude, qui est toujours perpétuelle, qui ne saurait être autrement ; elle a trait uniquement à l'*exercice* du droit. Cet exercice ne se conçoit-il qu'accompagné du fait actuel, on doit dire qu'il y a discontinuité ; c'est dans le cas contraire seulement qu'il est permis de qualifier la servitude comme continue. Quant à l'influence appartenant à la continuité, ainsi déterminée, relativement à la prescriptibilité, il est facile de démontrer que la continuité, par elle-même, prise isolément, reste insignifiante. Les servitudes, dites négatives, consistant *in prohibendo*, par suite desquelles est imposée au propriétaire du fonds grevé l'abstention de tel ou tel acte, toutes les servitudes rentrant dans cette catégorie sont incontestablement des servitudes continues. Cependant il n'est pas douteux qu'en pareil cas le mode d'acquérir par la prescription doit être mis de côté, à raison du défaut d'apparence et de l'absence d'une possession publique. Ce qui est essentiel, c'est donc l'existence de travaux extérieurs, révélant la prétention à la servitude, travaux par suite desquels se produit la condition d'apparence, sans laquelle la continuité ne possède aucune valeur.

113. On sait que, dans notre opinion, du moment où l'apparence se rencontre dans la servitude, la voie devrait être en principe ouverte à la prescription, la possession revêtant alors un caractère de certitude et de publicité, qui a dû forcément éveiller l'attention du propriétaire au détriment duquel cette possession s'est exercée. Il est vrai que les actes de possession peuvent encore quelquefois s'expliquer par un esprit de tolérance, ce qui ne constituerait qu'une jouissance entachée de précarité, impuissante comme telle à fonder la prescription. Mais, nous ne saurions trop le répéter, pour discerner s'il y a ou non précarité, la considération tirée de la nécessité ou de l'inutilité du fait actuel de l'homme, quant à l'exercice de la servitude, est destituée de toute importance, comme nous allons

le voir, en examinant les diverses espèces de servitudes. Serait-il possible, en écartant la distinction adoptée par le législateur, de poser une règle infaillible, à l'aide de laquelle on répondît à coup sûr à cette question : *La possession est-elle précaire?* Nous demeurons persuadé qu'on chercherait vainement cette règle, parce qu'il s'agit d'une appréciation de circonstances susceptibles de varier à l'infini, appréciation qui appartient au domaine du juge. Ce qu'il faut se demander dans chaque affaire se réduit à ceci : les faits de jouissance allégués causaient-ils ou non un dommage sérieux ; le voisin pouvait-il les supporter sans éprouver un préjudice sensible? Il n'y a pas, croyons-nous, de moyen plus certain pour statuer sur la précarité. C'est à l'importance de la lésion, à la gravité des inconvénients résultant de l'état de choses qui s'est prolongé pendant trente ans, qu'il faut s'attacher pour savoir à quel titre cet état de choses a subsisté. Là où le propriétaire voisin ne souffrait point ou presque pas, on peut expliquer son silence par des sentiments de familiarité, de complaisance ; on tolère facilement ce qui n'occasionne qu'un préjudice minime. Mais si la possession n'a pu s'exercer qu'en infligeant une perte réelle à celui qui la subissait, si elle entraînait des désagréments qu'on n'est guère d'humeur à supporter bénévolement, on s'écarterait de la vérité, parce qu'on méconnaîtrait la nature humaine en admettant la même supposition. Il est beaucoup plus rationnel de présumer qu'il y a là une situation forcée, réglée autrefois par la volonté des parties, et que le temps a fait disparaître les traces du titre originaire.

114. Parcourons maintenant les exemples choisis par le Code pour établir la démarcation entre les servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription et celles qui répugnent à ce mode de constitution ; nous reconnaîtrons que la véritable pensée du législateur est plus en rapport avec le signe indiqué tout à l'heure, pour apprécier la précarité, que la décision puisée dans la continuité ou la discontinuité, quant à l'exercice de la servitude.

115. Parmi les servitudes de la première espèce, occupons-nous d'abord de celle qui est sans contredit la plus grave et la plus fréquente ; nous voulons parler des droits de vue. Dans

notre système, la prescription, appliquée à ce cas, se justifie aisément. D'un côté, en effet, il s'agit d'une servitude apparente, et, d'un autre côté, c'est avec raison que les auteurs du Code ont repoussé à cette occasion la présomption de précarité, admise généralement dans les pays de coutume. Il n'est rien de plus gênant, de plus irritant que d'être exposé d'une manière immédiate aux regards indiscrets d'un voisin. Chacun prend ses précautions pour se dérober, autant que possible, à un espionnage de tous les instants. Toutefois, s'il n'existait ici d'autre motif pour exclure la précarité que la condition de continuité dans la servitude, on devrait dire, en s'en tenant à la définition légale, qu'il n'y a point place à la prescription. Personne ne songera à nous contredire, quand nous énonçons cette proposition que voir est un fait de l'homme, tout aussi bien que passer ou puiser de l'eau. Aussi est-ce de très-bonne foi que nous déclarons n'avoir jamais pu comprendre comment la servitude de vue était continue, en ce sens qu'elle serait indépendante du fait actuel de l'homme. Nous empruntons la paraphrase des éléments de la continuité à une autorité des plus irrécusables, à notre ancien et vénéré collègue, le savant doyen de la Faculté de Caen. La servitude est continue, dit M. Demolombe[1], « quand elle s'exerce, pour ainsi dire, « elle-même et toute seule, sans aucun fait de l'homme, pen- « dant son sommeil. » Essayez d'appliquer ce *critérium* de la continuité à un droit de vue : celui qui sommeille peut bien être troublé par des visions imaginaires ; mais ce ne sont là que des chimères, et assurément ce phénomène, qui n'a d'autre théâtre que le cerveau d'un homme mal endormi, ne gênera en rien le voisin, et ne lui causera pas le moindre désagrément.

116. Nous n'ignorons pas que les commentateurs se sont efforcés de donner raison à la loi, et d'expliquer comment dans cette hypothèse il y avait continuité. Ce qu'on prétend communément, c'est que la servitude de vue ne consiste point dans la faculté de plonger ses regards dans l'héritage d'autrui, mais bien dans le droit d'avoir une fenêtre ouvrante, laquelle, dit-on, existe à perpétuité, de même que l'appui qui serait pris sur le mur voisin. Prenons garde que les fenêtres pratiquées en dedans de la distance légale ne constituent des servitudes de

[1] *Traité des servitudes*, t. 2, n° 707.

vue qu'à raison de ce qu'elles donnent la possibilité de voir à son gré, ce qui suppose un homme éveillé et agissant. Assurément ce n'est pas la maison qui exerce la servitude de vue, ce sont les habitants de cette maison ; et s'il était certain que le bâtiment ne sera jamais hanté que par des aveugles, il serait dérisoire de parler de droits de vue. — On a ajouté qu'une fenêtre ne servait pas seulement à voir, qu'elle procurait, en outre, des avantages permanents, continus, dans le sens légal de cette expression, en fournissant de la lumière et de l'air, bienfaits qui arrivent indépendamment de toute participation de l'activité humaine. A ceci, il est facile de répondre qu'une semblable utilité est tout à fait étrangère à l'idée de servitude. Bâtissez à la limite extrême de votre héritage, vous pourrez y pratiquer autant de jours que vous voudrez, pourvu qu'ils soient disposés de façon à permettre uniquement l'accès de la lumière, de même qu'il vous sera permis de percer le mur à votre guise pour établir un système de ventilation. Il n'y a servitude directe de vue qu'autant que les choses sont arrangées de manière à ce qu'il soit loisible de voir sur l'héritage d'autrui séparé de l'ouverture par moins de 19 décimètres. Seulement, on aura beau s'évertuer pour dépouiller une contre-vérité du caractère que lui impose la force des choses ; on ne parviendra pas à faire qu'une servitude de vue puisse, quant à son exercice, se passer du fait actuel de l'homme.

117. Si la continuité, telle que la précise l'article 688, n'existe pas à l'occasion des droits de vue, le vice de la formule adoptée par les auteurs du Code se révèle à la première épreuve, relativement à l'une des servitudes les plus importantes. Pour mettre le législateur d'accord avec lui-même, il faut évidemment transformer l'idée de la continuité, et la faire dériver de l'existence de travaux permanents. Mais alors on est forcé de reconnaître que l'apparence se confond en réalité avec la continuité telle que celle-ci doit être entendue. Vous dites que la servitude de vue est continue, parce que, si l'on ne voit pas toujours, on possède d'une façon continue une fenêtre, à l'aide de laquelle on verra dès qu'on le voudra. Pourquoi n'en serait-il pas de même, quand il s'agit d'autres ouvrages incorporés au sol, et permettant d'user à son gré de telle ou telle servitude ? J'exerce un passage s'annonçant par une porte dont j'ai seul la clef, par une chaussée empierrée,

qui marque de traces constantes le terrain asservi : j'ai l'habitude de puiser de l'eau dans votre source, et j'y ai installé une pompe qui témoigne à chaque instant de mon droit. Sans doute, je ne passerai que par intervalles, je ne puiserai de l'eau que de temps en temps, de même que je n'aurai pas sans cesse l'œil ouvert à la fenêtre, qui me permet de plonger immédiatement mes regards sur l'héritage voisin. Mais, dans tous les cas, les travaux exécutés font corps avec les immeubles, les modifient à perpétuité dans l'intérêt de la servitude. La conclusion de ceci, c'est que la continuité proprement dite ressort d'ouvrages extérieurs, frappant sans relâche d'un signe de servitude l'héritage grevé, et que, en dernière analyse, la continuité, faisant double emploi avec l'apparence, son moindre défaut serait d'être inutile.

118. Malheureusement, les inconvénients de la doctrine consacrée législativement se produisent d'une manière positive à l'égard d'autres servitudes. Pas de difficulté en ce qui concerne les droits de vue ; ici, le texte est formel pour autoriser la prescription. Peu importe, dès lors, que cette décision cadre ou non bien exactement avec la détermination de la continuité écrite dans l'article 688. Mais si nous passons à l'autre exemple donné pour les servitudes continues, aux égouts et conduites d'eau, nous allons voir qu'à ce sujet il a surgi entre les interprètes du Code, comme dans la jurisprudence, un conflit, tenant à ce que les uns veulent faire prévaloir les véritables motifs de la prescription, tandis que les autres n'osent s'écarter de la lettre de la loi. A la différence de la servitude de vue, qui est toujours la même, les servitudes d'égout ou conduite d'eau peuvent se présenter sous des formes diverses. S'agit-il de l'écoulement des eaux pluviales, la continuité ne saurait faire l'objet d'un doute. Le toit du fonds dominant est là qui surplombe constamment au-dessus du fonds servant ; la pluie constituant un événement naturel, les eaux tombent sans qu'il y ait un fait actuel de l'homme. Il en est de même quand il y a aqueduc, et qu'une prise d'eau s'exerce au moyen d'un canal ou de tuyaux, ouvrages qui restent à demeure pour attester la servitude. Bien que l'ouverture d'une vanne puisse être nécessaire pour mettre en jeu la servitude, les termes de l'article 688 sont assez élastiques pour que la continuité soit

admise; une fois que l'homme a accompli son œuvre d'un instant, l'écoulement se maintient sans la participation d'un acte persévérant. C'est probablement en vue de cette hypothèse que le législateur a fait dériver la continuité de la circonstance que la servitude peut s'exercer indépendamment de l'aide permanente et actuelle du travail humain.—L'embarras commence alors qu'il est question de l'écoulement d'eaux qui doivent préalablement être jetées, par exemple, pour ce qui a trait à la servitude d'évier. Ce n'est point l'apparence qui fait défaut en pareil cas; il y a un ouvrage disposé pour ménager la chute de l'eau, ouvrage en saillie sur le fonds servant, et dont la destination n'a rien d'équivoque. D'un autre côté, la présomption d'une simple tolérance n'est point acceptable, la servitude ayant un caractère onéreux au plus haut degré, qui ne permet pas de s'arrêter à cette idée que si le voisin a subi pendant trente ans une semblable incommodité, c'est pure complaisance de sa part. Les auteurs qui se décident en faveur de la prescriptibilité, notamment M. Demolombe [1], sont parfaitement dans le vrai quand ils relèvent ces considérations. Cette opinion a été consacrée par maints arrêts; M. Demolombe atteste que c'est là une jurisprudence constante dans le ressort de la Cour de Caen. Toutefois, cette solution est-elle bien en harmonie avec les exigences de la continuité, telles que notre législateur a eu soin de les énoncer? Nous ne saurions, pour notre compte, blâmer les auteurs et les arrêts qui ont refusé d'admettre à cette occasion l'existence d'une continuité conforme aux conditions tracées par l'article 688. Les eaux, qui doivent être jetées dans l'évier pour arriver sur le fonds servant, ne reçoivent cette direction que par suite du fait direct et prolongé de l'homme. Il n'y aura d'écoulement qu'autant qu'il y aura jet, et dans la mesure de ce qui aura été jeté. Que l'action de jeter cesse, que le fait actuel disparaisse, la servitude est désormais impuissante à s'exercer d'elle-même. On ne dira point, je suppose, qu'elle est apte à fonctionner pendant le sommeil de l'homme. Cette appréciation était du reste celle des Romains à propos de la *causa perpetua*, qui a de l'analogie avec notre continuité : *Neque enim perpetuam causam habet quod manu fit.*

[1] T. 2, n° 712.

119. Après avoir constaté que la condition de continuité est inutile à l'effet d'autoriser la prescription, voyons si la discontinuité, telle que l'entend l'article 688, doit être un motif pour exclure ce mode d'acquisition. Les exemples cités par le législateur sont empruntés aux servitudes de passage, de puisage, de pacage. Que le passage exige le fait de l'homme, qu'il en soit de même en matière de puisage, nous le concédons volontiers. Mais quand il s'agit de la servitude de pacage, elle se conçoit parfaitement comme susceptible de s'exercer, indépendamment du fait actuel de l'homme. Pacager est un acte qui appartient aux animaux, acte qu'ils accomplissent sans aucun secours, livrés à eux-mêmes. L'intervention humaine ne se montre ici qu'afin de conduire le bétail au lieu de pâture, et de le surveiller en vue d'empêcher qu'il ne s'égare, ou qu'il ne commette quelque dommage. Le législateur a pensé aux troupeaux, qui ne vont pas sans un berger, et la servitude de pacage lui a semblé ne devoir s'exercer que sous l'œil d'un gardien. En réalité, le fait du pacage n'exige pas forcément la présence d'un berger. Dans les pays où le pâturage est le plus pratiqué, nous voyons qu'il est habituel de tenir le bétail dans des lieux clos, de sorte qu'au moyen de la précaution d'une clôture, le pacage s'exerce loin de l'œil de l'homme. La nécessité de mener et de ramener le bétail ne suffit pas pour rendre la servitude discontinue, le fait de l'homme ne se produisant que momentanément, avant et après l'exercice de la servitude. On pourrait d'ailleurs citer des localités où le bétail est laissé constamment dans les herbages, y passant le jour et la nuit. Devra-t-on dire, par conséquent, que la servitude de pacage est tantôt discontinue, tantôt continue? C'est ce qu'il faudrait admettre pour se conformer à la réalité des choses; et cependant nous sommes persuadé que l'intention du législateur a été de considérer, sans aucune exception, toute servitude de pacage, comme constituant une servitude discontinue.

120. En recherchant les motifs raisonnables sur lesquels s'appuie le rejet de la prescription, à propos des servitudes de passage, puisage ou pacage, nous croyons que cette décision s'explique en général d'une façon satisfaisante, à cause de la manière dont s'exerceront la plupart du temps de semblables servitudes. Presque toujours elles manqueront d'apparence,

parce qu'aucun ouvrage n'aura été exécuté pour en faciliter l'usage. De là, une possession incertaine reposant sur des actes éloignés les uns des autres, en sorte que la vigilance du propriétaire menacé par la prescription aura pu aisément être mise en défaut. D'un autre côté, il arrivera le plus souvent que les faits de jouissance, émanant du prétendant à la servitude, ne seront que très-peu préjudiciables, ce qui rend raisonnable une présomption de tolérance, et nous ramène à l'idée de précarité. C'est sous cet aspect que les choses se présenteront habituellement, et toutes les fois que les servitudes en question auront cette physionomie, il y a double motif pour condamner la prescription.

121. Cependant la situation peut changer; les circonstances peuvent être telles qu'il n'y aura plus à accuser la possession d'être mal définie, qu'il n'y aura plus lieu de voir dans l'espèce les effets d'un esprit de bon voisinage. Supposons un passage dont l'assiette est bien déterminée, qui s'annonce par une barrière; de plus, le terrain destiné au passage a été consolidé, disposé pour être aisément frayable. L'apparence est aussi complète que possible, et le voisin n'a pu se tromper sur les intentions de celui qui a fait ces travaux, qui en a usé pendant trente ans. En outre, l'existence du chemin ainsi tracé est loin d'être inoffensive; c'est une portion de son héritage dont le propriétaire perd les revenus, qu'il a fallu renoncer à rendre frugifère, toute culture étant incompatible avec l'existence du passage. Assurément, la servitude ne deviendra pas alors continue, en ce sens qu'elle puisse s'exercer sans le fait de l'homme. Néanmoins, tous les caractères de la possession utile à la prescription se rencontrent ici à un tel degré de certitude qu'il a bien fallu trouver le moyen de se débarrasser de l'article 691. Les auteurs et la jurisprudence ont atteint ce résultat, en disant qu'il fallait apprécier la possession comme ayant été exercée à titre de propriété et non de servitude, ce qui permet d'ouvrir la voie à la prescription. Nous reviendrons un peu plus tard sur cette doctrine, qui peut être fort ingénieuse, mais qui au fond n'est qu'un expédient imaginé pour éluder la loi. A notre gré, d'ailleurs, on est allé au delà du but, et il y a des inconvénients sérieux à faire dépasser à la possession sa portée véritable, en reconnaissant le titre de propriétaire à celui qui n'a joui de la chose d'autrui que sous la

forme d'une servitude. Mais, pour contenir dans ses justes limites la prescription accomplie, il aurait fallu, ce que le texte de la loi ne permettait pas, enlever au passage le caractère de discontinuité qui lui a été imprimé, et par suite duquel le droit serait resté imprescriptible, s'il n'eût été transformé quant à sa nature.

122. Des observations semblables peuvent être appliquées à la servitude de puisage. Il est bien des cas, sans doute, où l'usage de puiser de l'eau chez autrui, quelque prolongé qu'il soit, ne devra pas être considéré comme entraînant l'établissement d'un droit. Permettre aux voisins de prendre de l'eau est un acte de bienveillance fort louable, qu'on ne saurait trop encourager, en mettant le propriétaire de la source à l'abri de tout préjudice, par suite de sa patiente complaisance. Mais il sera bien rare que la façon dont le puisage aura été exercé puisse donner lieu à équivoque, et risquer d'être interprété en faveur de l'existence d'une servitude, si un titre positif ne vient expliquer la véritable situation. Cependant ne peut-il se faire que le propriétaire qui prend l'eau chez son voisin ait exécuté des ouvrages permanents, ait créé un état de choses que nul ne tolérerait par esprit de familiarité? Rappelons l'hypothèse dont nous avons déjà parlé, celle où il y aurait eu installation d'une pompe dans le puits de l'héritage voisin. La servitude deviendrait alors apparente, sans cesser d'être discontinue. Devra-t-on dire que, à défaut de titre, l'enlèvement de la pompe pourra être exigé, bien qu'elle fonctionne depuis plus de trente ans? On avouera, toutefois, que, en pareil cas, une concession précaire est peu vraisemblable, et qu'il y aurait imprudence à ne pas en avoir obtenu l'aveu formel. Sans doute, on songera à se tirer d'affaire en cette occasion par un expédient analogue à ce qui est volontiers admis quant au droit de passage. Pourquoi ne s'aviserait-on pas, en effet, de dire qu'il y a eu possession du puits à titre de copropriétaire, et qu'ainsi la prescription a été acquise[1]? — Remarquons enfin qu'il ne serait pas impossible de faire disparaître la discontinuité:

[1] Telle est, en effet, la doctrine de M. Demolombe, t. II, n° 673; s'il ne permet pas de prétendre à l'établissement par la possession d'une servitude de puisage, cet auteur regarde comme possible l'acquisition au moyen de la prescription d'un droit de copropriété.

il suffirait que, pour amener l'ascension de l'eau, une autre force fût employée que celle de l'homme. Les progrès de la mécanique fournissent aujourd'hui le moyen de mettre en jeu une machine destinée à puiser de l'eau, abstraction faite des bras de l'homme, par exemple, à l'aide d'un système d'ailes analogue à celui d'un moulin à vent. La servitude de puisage deviendra donc continue, si l'air fait mouvoir le mécanisme servant à élever l'eau, puisqu'on pourra se passer du fait actuel de l'homme. Voilà les distinctions bizarres auxquelles conduit la théorie de la discontinuité. N'est-il pas plus simple de rechercher dans les circonstances de chaque cause s'il y a eu une possession caractérisée, de manière à témoigner l'exercice d'un droit, ou si tout s'est borné à des faits insignifiants, de nature à laisser intacte la propriété, parce qu'ils doivent naturellement s'expliquer par des rapports de bon voisinage?

123. Faut-il ajouter que la servitude de pacage se prête aux mêmes différences, suivant les allures qu'elle offrira? Assurément, il est sage de ne pas ouvrir ici encore facilement la voie à la prescription. Celui qui n'a pas de titre pour justifier à son profit l'établissement d'une servitude de ce genre ne doit pas en général être admis à se prévaloir d'actes de pâturage, qui auront été pratiqués de temps à autre, surtout à l'égard de terrains dont la récolte avait été enlevée. Il ne saurait résulter de là qu'une jouissance équivoque, inoffensive pour le propriétaire; et l'on comprend qu'il ait dédaigné de s'armer de sévérité pour réprimer des abus qui ne lui causaient pas grand tort. Mais si le pacage s'est exercé hardiment, d'une façon constante, en dépouillant le propriétaire de revenus utiles; si le voisin s'est comporté sur l'héritage d'autrui comme il aurait pu le faire chez lui, établissant des clôtures pour s'épargner des frais de garde, creusant des abreuvoirs pour désaltérer son bétail, il devient assez probable de supposer que tout cela a été fait par quelqu'un qui était autorisé d'agir de la sorte. Sans doute, on essayerait vainement de sauver au bout de trente ans le maintien de cet état de choses, si on le qualifiait de servitude. Sera-t-il interdit alors de recourir à la ressource consistant à soutenir qu'il y a eu possession à titre de propriété? On sait que ce détour a été imaginé pour échapper à la rigueur de l'article 691 à l'occasion des droits de passage. Nous nous expliquerons tout à l'heure sur cet expédient; dès à présent ce-

pendant, nous dirons que, s'il est permis d'acquérir la propriété d'un terrain en y pratiquant des actes de passage sous telle ou telle condition, il nous paraîtrait tout aussi légitime d'admettre la même conséquence à la suite d'une jouissance plus complète, exercée sous la forme d'actes de pâturage [1].

124. On se rappelle que, suivant nos précédentes explications, la distinction de la continuité et de la discontinuité a été adoptée comme un moyen de départager les servitudes, dont les unes seraient réputées avoir été exercées en vertu d'un droit, tandis que les autres devaient être considérées comme n'étant que l'effet d'une simple tolérance. A côté de l'inexactitude que nous avons relevée, quant au classement opéré par le législateur entre les deux catégories, on peut constater, en consultant la pratique des affaires, que le but cherché n'a pas été atteint. Les faits ne se sont pas pliés à la symétrie qui avait été imaginée, et la présomption de non-précarité, sous-entendue par la loi, a dû s'évanouir en présence de la réalité.—Il arrive souvent que le propriétaire d'un mur laisse son voisin appliquer des espaliers sur ce mur, ce qui permet à ce dernier de retirer de l'héritage d'autrui une utilité qu'il doit se ménager par des travaux extérieurs, et pour laquelle le fait actuel de l'homme n'est pas nécessaire. Les caractères d'apparence et de continuité, d'où semblerait devoir s'induire absolument la prescriptibilité, se rencontrent dans l'espèce. Cependant, selon une doctrine assez constante [2], la possession trentenaire ne saurait être ici invoquée ; et il y a effectivement de bonnes raisons pour décider ainsi. Fournir un appui aux arbres du voisin, ce qui n'exige que la fixation de quelques clous, est un acte de complaisance qui s'accorde volontiers, parce qu'il est sans inconvénients. Mais il ne s'agit que d'un bon office, dont le maintien dépend de la volonté du propriétaire du mur ; en un mot, il n'y a là qu'une possession précaire. —

[1] La jurisprudence est effectivement entrée dans cette voie ; il a été décidé plusieurs fois que le fait d'avoir fait pacager ses bestiaux pouvait être utilement allégué pour établir un droit de copossession sur un terrain qui n'était susceptible que de ce mode de jouissance. V. M. Dalloz, v° *Servitude*, n° 1108.

[2] V. en ce sens, M. Demolombe, t. I, n° 347, et divers arrêts indiqués par cet auteur.

C'est à l'aide des mêmes idées que doivent se résoudre les questions agitées par les auteurs, pour savoir si le fait de placer quelque dépôt, du fumier, par exemple, sur le terrain d'autrui peut engendrer à la longue une servitude, de même que l'habitude d'engranger des récoltes dans les bâtiments d'autrui. Dans ces cas également, le service obtenu de l'immeuble voisin se révèle par un état de choses visible, et la continuité ne fait pas non plus défaut. N'est-il pas raisonnable cependant d'interpréter tout cela comme des actes de familiarité tolérés par esprit de bon voisinage? Nous supposons, bien entendu, que la jouissance alléguée se réduit aux faits que nous avons signalés, et qu'il ne s'y joint pas d'autres circonstances, venant accuser un droit de copossession sur le terrain ou sur les bâtiments.

125. Des arrêts récents de la Cour de cassation sont venus confirmer cette doctrine qu'en matière de servitudes, la possession peut être précaire, nonobstant les caractères d'apparence et de continuité. Nous appelons particulièrement l'attention sur une décision rendue le 26 juin dernier par la Chambre civile. Un propriétaire avait bâti jusqu'à la limite extrême de son héritage, et il avait couronné sa construction d'une corniche sculptée, qui faisait saillie sur la propriété contiguë. Cet état de choses ayant duré trente ans, il s'agissait de savoir si le droit de le conserver avait été acquis par prescription. La Cour suprême a résolu la question dans le sens de la négative, ce qui se justifie très-bien par cette considération que l'établissement de cette corniche étant chose indifférente pour le voisin, celui-ci avait pu, par esprit de tolérance, laisser subsister cet ornement. Dans l'espèce cependant, l'apparence et la continuité se trouvaient réunies, double circonstance qui n'a point sauvé la corniche, dont le possesseur ne pouvait invoquer qu'une possession entachée de précarité [1]. — Un arrêt

[1] Au moment où nous écrivions ces lignes, nous ne connaissions l'arrêt du 26 juin qu'au moyen du sommaire de la décision donnée par les journaux judiciaires. Depuis cette époque, le texte de l'arrêt a été publié; il se trouve dans le recueil de M. Dalloz, année 1867, 6e cahier, I, p. 254. On lit dans les considérants que la possession invoquée par le propriétaire de la maison à corniche ne pouvait être efficace, attendu qu'il s'agissait d'une servitude *non apparente*, savoir la servitude *altius non tollendi*. — Nous ne saurions approuver ce motif. Il n'était nullement question dans l'espèce de la servitude *altius non tollendi*; son vrai nom, pour l'emprunter aux Romains, est

de la même chambre, à la date du 9 juillet dernier [1], a jugé qu'on devait apprécier, comme un simple fait de tolérance, celui d'avoir souffert que les branches des arbres du voisin

celui de servitude *projiciendi, protegendi-ve*, qui figure à côté de la servitude *altius non tollendi* dans l'énumération des servitudes urbaines, à la loi 2, D., *De serv. præd. urb.* Sans doute la servitude *altius non tollendi*, proprement dite, est non apparente; mais, si elle empêche le voisin de bâtir, elle ne donne nullement au propriétaire de l'héritage dominant la faculté de couvrir par ses constructions, à quelque hauteur que ce soit, l'héritage servant. Pour avoir le droit d'agir ainsi, il faut être autorisé à avoir des ouvrages faisant saillie, qui avancent sur le fonds grevé. Il y a alors servitude *projiciendi*, laquelle est incontestablement une servitude apparente, proposition tellement claire que nous ne prendrons pas la peine de la démontrer. Était-il donc nécessaire, pour repousser la prescription, de dénaturer la servitude prétendue, et de lui dénier le caractère d'apparence? Ne suffisait-il pas de dire que, si le voisin avait laissé établir, au faîte de l'édifice joignant son terrain, une *projectio* de quelques centimètres, c'était de sa part un acte de tolérance. Il faudrait être bien rigoureux, tant qu'on n'a pas un intérêt contraire, pour refuser à son voisin la satisfaction de voir son habitation décorée par un couronnement de pierres sculptées, parce que ces sculptures feraient tant soit peu bosse en deçà de la ligne séparative des deux héritages. Mais, au lieu de la légère saillie, résultant d'une corniche, qui donnera à peine quelques pouces d'ombre de plus, supposons qu'il s'agisse d'une entreprise franchement envahissante. Voici quelqu'un, qui commence à bâtir en s'enfermant sur son terrain; puis, en élevant son édifice, dès le premier étage, par exemple, il étend ses constructions au-dessus du terrain contigu au sien. Il développe la portée de son bâtiment, au moyen d'étais, qui partant de telle hauteur soutiennent une portion de la maison, laquelle vient couvrir l'héritage voisin. Cet état de choses a duré trente ans sans contradiction. Essayera-t-on de dire alors que ce qui est ainsi *projectum* constitue sous le nom de *servitus altius non tollendi* une servitude non apparente? Assurément la servitude *altius non tollendi* serait ici implicitement comprise dans la servitude *projiciendi*; mais il serait impossible de méconnaître que des constructions ainsi disposées ont dû faire acquérir définitivement le droit de conserver l'espace occupé dans la superficie de l'héritage placé en dessous. Une possession aussi éclatante ne saurait rester sans valeur : nul ne tolérerait un pareil arrangement, qui le priverait pour une portion notable de la faculté de disposer du dessus de son terrain, tandis que bien peu de gens s'offusqueront de l'innocente saillie d'une corniche. Si la prescription doit être admise dans un cas et rejetée dans l'autre, cela ne tient nullement à ce qu'il y aurait tantôt servitude apparente, tantôt servitude non apparente. Une corniche non apparente manquerait son but, toute corniche étant faite pour être vue. La différence des solutions doit être expliquée par la différence dans les qualités de la possession, exempte ici, entachée là de précarité.

[1] Cet arrêt n'a fait que confirmer une solution en faveur de laquelle existaient déjà plusieurs précédents.

avancent sur votre héritage. Ici encore la tolérance se conçoit parfaitement. Il n'y a là qu'un inconvénient presque insensible d'abord, qui peut s'accroître avec le temps, sans devenir jamais bien dommageable. C'est au propriétaire du terrain couvert par les branches qu'il appartient de décider à quel moment son intérêt, bien entendu, lui conseillera de rappeler son voisin à l'observation de la loi, d'autant mieux qu'il pouvait, s'il désirait de l'ombre, trouver avantage à ne pas exiger l'amputation de ce qui dominait sa propriété.

126. Où poser maintenant la limite de la précarité? Vouloir résoudre ce point théoriquement, d'une manière abstraite, serait une vaine tentative; c'est une tâche qu'il faut abandonner à la sagacité des tribunaux. En définitive, la prescriptibilité admise à l'occasion des servitudes continues et apparentes ne gêne en rien la conscience du juge, à raison de la règle générale qui exige dans toute possession, pour être utile, le défaut de précarité, règle qui ne peut pas être mise de côté en matière de servitudes. Le texte de la loi doit s'interpréter ainsi : Toutes les fois que la servitude sera à la fois apparente et continue, la prescription sera possible, ce qui ne veut pas dire que la prescription sera nécessairement accueillie, sans examen des qualités de la possession, qualités qui doivent être appréciées d'après les circonstances de chaque affaire.

127. Cette latitude d'interprétation fait défaut, quand il s'agit de la constitution des servitudes qualifiées discontinues. Ici la loi est stricte et formelle; elle est impérative, au lieu d'être simplement permissive; elle exclut absolument la prescription. C'est par là surtout que pèche la théorie de la discontinuité, avec les conséquences qui lui ont été rattachées; c'est en ce point qu'elle a froissé des intérêts sérieux. Aussi les efforts n'ont-ils point manqué pour essayer d'échapper à la rigueur de la décision écrite dans le Code.

128. Parmi les tempéraments que notre ancien droit apportait à l'exclusion de la prescription, on ne pouvait tirer parti de la possession immémoriale, que les auteurs étaient autrefois assez disposés à reconnaître comme efficace, là, du moins, où le texte précis de la coutume ne s'y opposait pas. Notre législateur, en effet, s'est expliqué catégoriquement; il a pour

l'avenir dépouillé de toute valeur la possession immémoriale, ce dont on ne saurait assurément le blâmer. Il a donc fallu se renfermer dans les termes de la prescription ordinaire, et on a cherché à lui faire jouer un rôle, pourvu qu'elle ne se présentât pas isolée et qu'elle fût appuyée du secours de quelque autre élément. En s'inspirant des motifs qui avaient paru devoir entraîner la condamnation absolue de la prescription dans la plupart des pays coutumiers, on a raisonné de la sorte. Puisque l'obstacle à la prescription réside dans une présomption de précarité attachée, à défaut d'un titre, à l'exercice des actes de servitude, du moment où la jouissance pratiquée sera purgée du vice originel qui est réputé l'accompagner, cette jouissance doit cesser d'être suspectée, et dès lors, la voie doit être ouverte à la prescription, la cause pour laquelle est en général écarté ce mode d'acquisition ne se rencontrant pas dans l'espèce. C'est ce qui arrivera, a-t-on dit, s'il y a eu possession consécutive à une déclaration faite par le propriétaire du fonds dominant, qu'il entendait se comporter comme ayant droit à une servitude, ou si la possession peut se justifier par un titre coloré, par une concession émanée *a non domino*.

129. En ce qui concerne la première ressource, empruntée à nos vieux auteurs, et qui jadis était admise dans certains pays, la doctrine qui voudrait faire revivre aujourd'hui ce mode de constitution a bien rallié quelques défenseurs ; cependant on peut dire qu'elle n'a guère pris faveur. Le plus grand nombre des commentateurs modernes l'a combattue, et nous ne sachions pas qu'on puisse relever dans la jurisprudence aucune décision des tribunaux qui l'ait consacrée. Outre les inconvénients attachés à ce système, pour lesquels nous nous bornons à renvoyer à ce que nous avons dit précédemment[1], cette opinion était trop ouvertement inconciliable avec la disposition formelle de la loi pour qu'elle dût triompher. L'article 691 énonce, en effet, formellement qu'une servitude discontinue ne peut s'établir que par titre, c'est-à-dire que par la volonté du propriétaire. Or c'est évidemment forcer le sens des mots que de voir un titre dans le silence gardé par le propriétaire du fonds prétendu asservi. Le silence s'explique par cette considération qu'il lui est permis de tenir pour vaines les me-

[1] V. n° 103.

naces de son adversaire, et de pousser aussi loin qu'il voudra l'esprit de complaisance, sans encourir aucun préjudice, la prescription étant déclarée impossible en l'absence d'un titre, qui n'existe point en pareil cas.

130. La lutte a été plus vive relativement à la prescription de dix ou vingt ans. Les interprètes du Code se sont partagés sur cette question en deux camps presque égaux. Il y a eu aussi quelque hésitation dans la jurisprudence, et on peut citer certaines décisions judiciaires en faveur de la prescription. Cependant le plus grand nombre des Cours impériales s'est prononcé en sens contraire; et c'est la doctrine qui a été plusieurs fois consacrée par des arrêts de la Cour suprême [1].

131. Pour notre compte, nous considérons comme insoutenable l'opinion qui prétend appliquer à toutes les servitudes, même à celles qui manquent d'apparence ou de continuité, le bénéfice de la prescription de dix ou vingt ans. Le motif est le même que celui indiqué tout à l'heure à propos de l'inefficacité d'une contradiction opposée au propriétaire du fonds servant. Le texte de la loi résiste à toute interprétation ayant pour but d'attribuer un rôle quelconque à la prescription en semblable matière. L'interdiction radicale de ce mode de constitution est édictée aussi nettement que possible. Après avoir autorisé, à l'égard des servitudes continues et apparentes, deux moyens de les établir, le titre et la possession trentenaire, le législateur, s'expliquant sur les servitudes qui ne réunissent pas ce double caractère, n'admet plus que l'un de ces moyens, et il proscrit l'autre de la façon la plus péremptoire, en disant que les servitudes de cette catégorie *ne peuvent s'établir que par titre*. Eh bien, quand le prétendant à la servitude invoque un titre émané *a non domino*, on ne peu contester que le titre, moyen unique reconnu par la loi, ne soit impuissant à créer la servitude. Ce qui la créerait, en réalité, ce serait la possession, dont la durée serait simplement abrégée en considération de l'existence d'un titre. Il y aurait par conséquent, contrairement aux termes formels du Code, deux modes différents de constitution du droit, savoir le titre, agissant par sa seule vertu, immédiatement, quand il a été fourni par le véritable propriétaire, et à côté du titre, le mode de la pres-

[1] V. M. Demolombe, t. II, n° 781.

cription, ramenée à dix ou vingt ans, mais qui serait, néanmoins, toujours une prescription.

132. En vain fait-on observer que, l'obstacle à la prescription résidant dans une présomption de précarité, quant à la possession, ce vice disparaît en pareille circonstance ; on ne pourrait pas dire, en effet, à l'égard de celui qui se croit autorisé à exercer la servitude, qui a, par exemple, acheté à beaux deniers cette faculté, qu'il jouit seulement en profitant de l'esprit de tolérance dont serait doué le propriétaire du fonds servant. — La réponse à cette objection est facile. Il ne suffit pas, pour fonder une possession utile, que, dans la pensée de celui qui possède, elle réunisse tous les caractères voulus. Il faut de plus, il faut surtout que la possession apparaisse avec tous ses dangers, avec ses conséquences menaçantes, aux yeux de celui au détriment duquel un droit serait acquis. C'est ce qui n'a pas lieu dans l'espèce, puisque le véritable propriétaire est étranger à l'acte allégué par son adversaire pour colorer sa possession. Par suite de l'ignorance où il est resté de l'existence d'un titre, il a pu, se confiant aux appréciations de la loi, regarder comme inoffensifs pour lui les faits de jouissance invoqués pour la constitution de la servitude. Il a entendu seulement rendre un service bénévole, faire preuve de complaisance ; il serait victime d'une surprise, si on lui imposait une servitude dont il n'a pu soupçonner le germe.

133. Cette considération enlève toute force à l'argument que l'on a voulu puiser dans l'ancienne jurisprudence. Il est vrai que dans plus d'une coutume, et telle était la doctrine de Pothier, on voyait coexister ces deux règles : exclusion de la prescription isolée, admission de la prescription de dix ou vingt ans, s'appuyant sur un titre. Au fond, c'était une contradiction d'idées. Du moment où la possession d'une servitude quelconque était tenue sans aucune distinction pour n'être que l'effet d'une tolérance, il n'était pas logique d'écarter cette supposition, à raison d'un titre émané d'un tiers, titre inconnu du véritable intéressé, et ne devant pas, dès lors, changer, quant à lui, le caractère ordinaire attribué à cette jouissance. Cette inconséquence pouvait se justifier autrefois : on sentait qu'il y avait exagération dans la présomption absolue de précarité, et la concession de la prescription de dix ou vingt ans

était un palliatif servant à corriger ce qu'il y avait d'excessif dans la portée donnée à cette présomption. Mais aujourd'hui le législateur a resserré dans certaines limites la présomption anciennement générale; il ne la fait plus peser que sur telle catégorie de servitudes. C'est à ce point de vue que s'explique surtout la répartition des servitudes en deux classes, les unes se prêtant, les autres se refusant à une possession utile pour la prescription. Par conséquent, il n'y a plus de motif pour ouvrir, quant à ces dernières, la voie à la prescription. L'intention des auteurs du Code était bien de condamner alors la prescription à demeurer toujours inactive; ils l'ont énoncée dans les termes les plus explicites, en disant, répétons-le, que de telles servitudes ne pourraient s'établir que par titre.

134. La question devient plus délicate, quand il s'agit de servitudes à la fois continues et apparentes. Ici, la possession étant reconnue efficace, et la présomption de tolérance n'étant pas applicable, nous estimons que rationnellement la durée de la possession devrait être restreinte à dix ou vingt ans, alors que le possesseur est digne de faveur, grâce à l'existence d'un titre. Malheureusement, le texte de la loi semble assez affirmatif pour exiger que la mesure de la possession s'étende toujours jusqu'à trente années. Cependant on a bien suppléé au silence du Code pour autoriser l'acquisition d'un usufruit par la prescription de dix ou vingt ans. Nous ne voyons pas de motif pour statuer différemment en ce qui concerne les servitudes continues et apparentes. Dans les deux cas, la possession est tenue pour valable, pour être apte à créer un droit; il serait donc juste d'appliquer sans restriction la règle suivant laquelle une possession de dix ou vingt ans, appuyée sur un titre, équipolle à la possession trentenaire destituée du titre.

135. Les moyens imaginés pour échapper à la décision législative, qui refuse aux servitudes discontinues le bénéfice de la prescription, ne se sont pas bornés à ceux que nous avons signalés. Ces moyens étaient insuffisants : le procédé d'une déclaration de contradiction a été promptement abandonné; la ressource de la prescription de dix ou vingt ans se heurtait contre les termes du Code, et ne pouvait d'ailleurs être invoquée qu'à l'aide d'un titre coloré, élément qui, souvent, fait défaut en pratique, à l'abri duquel on ne pouvait placer ceux

qui n'ont à alléguer qu'une possession prolongée. On s'est alors avisé de tourner la loi. Renonçons, s'est-on dit, à demander à la prescription qu'elle protége une possession trentenaire, en vue de maintenir la jouissance d'une simple servitude. Soyons plus hardis, élevons nos prétentions jusqu'à la propriété même. Il faut retourner ici la maxime : *Qui peut le plus peut le moins*. Ce qu'on nous refuserait, si nous nous contentions de soutenir qu'un droit réel nous appartient sur la chose d'autrui, nous l'obtiendrons en nous attribuant la qualité de propriétaire. Un démembrement de la propriété ne peut pas toujours être acquis par la prescription; mais il en est autrement de la propriété. L'action confessoire est impossible; recourons à la revendication.

136. Nous avons dit plus haut que ce détour avait été employé à l'occasion du droit de passage, l'une des servitudes les plus usuelles, celle de toutes peut-être qui a suscité dans le passé, et qui suscite encore journellement le plus de procès [1]. Quelqu'un pendant plus de trente ans a exploité son héritage en suivant telle direction. S'il éprouve un obstacle à la continuation de cet état de choses, il doit bien se garder de dire qu'il traversait le terrain d'autrui, et qu'il s'est comporté ainsi comme exerçant une servitude. Mais qu'il allègue avoir agi comme propriétaire du terrain servant d'assiette au passage; alors, bien qu'il n'ait pas de titre, il sera écouté à invoquer une possession qui aura duré trente années. A la vérité, on lui impose la nécessité d'établir, quant à la portée de la possession, qu'elle ne s'est pas bornée simplement à des actes de passage ; il devra prouver qu'il a entretenu la voie en bon état de service, qu'il y a fait en temps opportun les réparations exigées pour le facile exercice du passage. On convient cependant que les conditions voulues dans la jouissance, pour être constitutives du droit de propriété, n'ont rien de déterminé rigoureusement, et qu'il appartient souverainement au juge de

[1] La faculté d'exiger moyennant indemnité un passage sur les héritages voisins au profit des fonds enclavés, et la possibilité de se libérer par voie de prescription de l'obligation à l'indemnité, enlèvent beaucoup de ses inconvénients à la règle qui défend d'acquérir par prescription une servitude de passage. Néanmoins, abstraction faite du cas d'enclave, la longue possession, exercée sous forme de passage, réussira à se faire maintenir, grâce à l'expédient dont nous avons à apprécier l'opportunité.

rechercher si dans les circonstances de la cause il y a bien eu jouissance à titre de propriétaire. Cette doctrine a été accueillie par les auteurs les plus recommandables, et a été maintes fois consacrée par la jurisprudence [1].

137. On ne saurait nier que, en fait, une pareille situation ne puisse se rencontrer. Il y a, par exemple, un titre formel constatant, au profit de Primus, son droit de propriété sur une langue de terrain, dont l'utilité est de fournir le moyen de desservir un fonds appartenant au même individu. Or, si l'on peut être propriétaire d'un immeuble consacré à l'exercice d'un passage, pourquoi, dira-t-on, rendre victime de la perte de son titre celui qui a disposé les choses de façon à sacrifier une portion de son héritage, afin de se ménager un accès commode pour le surplus? Ici doit intervenir la prescription, en jouant son rôle ordinaire, rôle qui n'est pas tant de créer un droit que de suppléer à l'absence des documents justifiant ce droit.

138. C'est précisément cette vertu précieuse de la prescription qui nous fait regretter que le législateur ne lui ait pas permis de s'appliquer partout où la possession est patente, certaine, exempte de précarité; et nous avons suffisamment démontré qu'elle peut réunir ces caractères à l'occasion d'une servitude de passage, comme elle peut en être privée, distinction de fait qui devrait être remise à l'appréciation du juge. Dans les cas où la jouissance trentenaire d'un passage se présente avec les conditions utiles pour la prescription, mieux vaudrait, à notre gré, autoriser les tribunaux à décider que la faculté de passer à titre de servitude a été d'abord régulièrement établie, et que la preuve a disparu, au lieu de les forcer à recourir à la supposition d'une jouissance à titre de propriétaire.

139. Sans doute, il est quelquefois possible qu'à côté des faits de passage, il y ait d'autres circonstances d'où l'on pourra justement conclure à l'existence d'un droit de propriété. Ainsi, les bords du terrain formant le passage sont plantés, et c'est celui qui use du passage qui a l'habitude de récolter les fruits provenant de ces plantations. Qu'on trouve là un indice

[1] V. notamment M. Demolombe, t. 22, n° 673, et Dalloz, *Répertoire*, t. 40, n°s 1107 et 1137.

de la propriété, c'est une induction vraisemblable, parce qu'il y a là un moyen de tirer parti d'un terrain, qui ne concorde pas avec une simple servitude. Il est légitime alors d'admettre la prétention à la propriété, droit qui a la prérogative d'être susceptible des modes de manifestation les plus divers. Tel n'est pas le caractère de la servitude, qui est circonscrite au contraire à un mode d'utilité déterminé, toujours le même, sans variation possible. On aura beau, et c'est là ce qui se produit ordinairement dans la pratique, on aura beau, indépendamment des faits de passage, alléguer des actes différents, quand ils ne sont que des moyens d'en faciliter l'usage, par exemple, l'établissement d'une chaussée, d'un pavage, d'un pont, d'une barrière. Je vois bien là une possession éclatante, qui ne craint pas de s'affirmer, qui rationnellement doit être utile pour la prescription, mais à la condition de se renfermer dans les limites de ce qui a été possédé, c'est-à-dire d'un droit de passage, d'une servitude. Donner à de pareils actes la couleur d'actes de propriété, c'est, à nos yeux, déguiser le droit véritable, pour le faire accepter sous un nom d'emprunt, sans lequel il faudrait renoncer au bénéfice de la prescription.

140. Au fond, il faut reconnaître que la prescription, exclue à tort d'un domaine qui lui appartenait, a fini par reconquérir la place qui n'eût pas dû lui être refusée. Seulement, cette manière détournée de maintenir les effets de la possession n'est pas exempte d'inconvénients. On a voulu protéger outre mesure le droit de propriété contre l'invasion des servitudes, et il est arrivé qu'on a exposé à être sacrifiée complétement cette propriété qu'on désirait laisser intacte, et mettre à l'abri d'une simple charge. La position est devenue plus mauvaise pour celui qui doit subir les conséquences d'une possession ainsi interprétée. S'il ne s'agissait que d'une servitude, le propriétaire du fonds dominant ne pourrait empêcher le voisin, sur le fonds duquel il aurait acquis un pareil droit, d'user lui-même du terrain pour y exercer des actes de passage dans son intérêt, l'empêcher également de tirer parti du sol grevé de la servitude en concédant à un autre un droit de même nature, dont l'exercice serait parfaitement conciliable avec le droit déjà existant. Le titulaire d'une servitude serait aussi obligé d'accepter un changement dans l'assiette du passage, changement qui, sans être préjudiciable au fonds dominant, pourrait être fort avan-

tageux au fonds servant. Tous ces adoucissements, compatibles avec l'établissement d'une servitude par la voie de la prescription, s'évanouissent au contraire dans le système qui fait découler de la possession l'acquisition de la propriété même.

141. Des réflexions analogues peuvent être faites à l'occasion de la servitude de puisage, qu'il serait raisonnable d'admettre comme susceptible de se constituer par la prescription, quand elle est accompagnée de travaux apparents, quand elle s'est exercée pendant trente ans à l'aide de l'installation d'une pompe. Par suite de la discontinuité dont serait affectée la servitude, il faudra encore ici outrer les effets de la possession, et parler de l'acquisition d'un droit de propriété, ou du moins de copropriété[1]. Dès lors, le voisin aura dans la propriété du puits un associé, sans l'aveu duquel il ne pourra accorder à personne le droit de prendre de l'eau, quelque abondante que soit la source, tandis qu'une nouvelle concession offrirait à celui qui serait propriétaire, et grevé seulement d'une servitude, la faculté d'utiliser cette abondance de la source.

142. La difficulté sera encore plus grande pour l'hypothèse d'un droit de pâturage, exercé dans des lieux clos, ostensiblement, à garde faite, droit qui, pendant trente ans, a privé le propriétaire d'une partie considérable des fruits de son fonds. Si une pareille possession, impuissante à créer une servitude, doit autoriser celui qui l'invoque à se dire propriétaire, quel nom donnera-t-on à ce démembrement de la propriété, là où il n'y aura pas eu jouissance exclusive, et où il faudra admettre une autre personne à participer à la propriété? Ainsi, les actes de pacage n'ont jamais été pratiqués qu'après la première coupe, de sorte que la première herbe appartient en entier au maître du fonds. On arrivera donc, puisqu'on met à l'écart l'acquisition d'une servitude, à permettre aujourd'hui de renouveler ces cisaillements de la propriété, que connaissait l'ancienne jurisprudence, mais dont notre législateur a entendu proscrire à l'avenir l'établissement.

143. Résumons notre théorie relativement à la prescripti-

[1] V. n° 122.

bilité des servitudes. En bonne législation, il eût été fâcheux d'admettre d'une manière générale la prescription comme pouvant établir toute espèce de servitudes ; mais il eût été également peu raisonnable d'exclure absolument ce mode de constitution. La vérité est qu'il faut dans chaque cas tenir compte des qualités dont s'est accompagnée la possession exercée. Cette distinction a été très-bien exprimée par les orateurs du gouvernement. Dans l'exposé des motifs du titre *Des servitudes,* afin de justifier l'efficacité donnée quelquefois à la possession trentenaire, Berlier disait : « Des actes journaliers et « patents, exercés si longtemps sans aucune réclamation, ont « un caractère propre à faire présumer le consentement du « propriétaire voisin : le titre même a pu se perdre ; mais la « possession reste, et ses effets ne sauraient être écartés sans « injustice [1] ». Il n'en est pas toujours de même, ajoutait-il ; dans d'autres cas : « Rien n'assure, rien ne peut même faire « légalement présumer que le propriétaire voisin ait eu une « connaissance suffisante d'actes souvent fort équivoques, et « dont la preuve est dès lors inadmissible. » On a cru que les motifs sur lesquels se fonde la prescription se rencontreraient toujours quand il y aurait servitude apparente et continue, doctrine énoncée en propres termes par Berlier, à l'occasion de cette sorte de servitudes. D'un autre côté, on a jugé qu'il n'y avait point de servitude discontinue, apparente ou non, qui pût présenter les caractères d'une possession suffisante. De là cette distribution des servitudes, suivant laquelle l'apparence et la continuité réunies autorisent seules la prescription, qui reste impossible à défaut de l'une ou de l'autre de ces conditions. Rien de mieux assurément que d'exiger absolument l'apparence, sans laquelle il n'y a point de publicité dans la possession. Ce n'est point assez, sans doute, et bien qu'une servitude s'annonce par des signes extérieurs, il reste à décider si la possession est précaire ou non. Or, nous l'avons vu, elle peut avoir ce caractère à l'égard d'une servitude continue ; en outre, la discontinuité dans l'exercice de la servitude n'est

[1] Même langage, à peu près, dans la bouche du tribun Albisson. « Il n'y a « pas, disait-il, de raison de regarder la prescription comme insuffisante « pour acquérir un droit de servitude, dont l'exercice et le signe extérieur « de cet exercice auraient duré pendant trente ans, au vu et su du proprié- « taire, sans contradiction de sa part. »

pas un obstacle à ce que la possession soit continue, exempte de tolérance, et nullement équivoque. Il eût donc fallu se contenter généralement de l'apparence, et quant aux autres qualités que doit ordinairement présenter la possession pour être utile, s'en remettre à l'appréciation du juge, sans qu'il y eût à s'inquiéter de savoir si la servitude requérait ou non pour son exercice le fait actuel de l'homme.

144. Occupons-nous maintenant de l'établissement des servitudes par la *destination du père de famille.* — Nous avons indiqué précédemment la difficulté de cette thèse. Sur ce point, de même que sur la prescription, l'ancien droit présentait beaucoup d'incertitude. Les lois romaines étaient invoquées pour et contre ce mode de constitution ; les dispositions des coutumes qui en avaient parlé étaient divergentes; la plupart étaient muettes à cet égard ; enfin les commentateurs s'étaient divisés pour déterminer les conditions grâce auxquelles la destination du père de famille devait fonctionner, soit dans les pays où elle était autorisée par le texte de la loi, soit dans les pays où la coutume gardait le silence sur cette matière.

145. Les rédacteurs du Code Napoléon, en consacrant à ce sujet trois articles (692 à 694) se sont flattés d'avoir fait disparaître l'obscurité qui depuis longtemps pesait sur cette question. Albisson, dans son rapport au tribunat, disait, après avoir rappelé les anciennes controverses, que « *le projet s'expliquait nettement sur tout cela.* » Un autre orateur, Gillet, recommandant au Corps législatif l'adoption du projet de loi, vantait le mérite de la clarté de ce projet, tant au point de vue du règlement de la destination du père de famille qu'à celui des dispositions ayant trait à la prescription. Sous ce dernier rapport, il affirmait que « *cette partie de la législation avait pu être ramenée facilement à quelques termes simples.* » Il ajoutait : « *On retrouve le même caractère dans les articles* 692, 693 et 694, *qui indiquent à quels signes on peut reconnaître la destination du père de famille....* »

146. Hélas! ces espérances se sont trouvées déçues. Nous savons que les articles relatifs à la prescription ont laissé la porte ouverte à de nombreuses questions. Quant à ceux qui traitent de la destination du père de famille, ils ont offert aux interprètes du Code une véritable énigme à expliquer. Pour

en découvrir le sens, bien des efforts ont été tentés; plusieurs systèmes ont été proposés, dont aucun ne nous semble à l'abri de critique. D'autres esprits ont renoncé à mettre d'accord l'article 694 avec l'article 692, et se sont résolus à proclamer entre ces articles une contradiction, dont il ne serait possible de sortir qu'en sacrifiant l'un des articles à l'autre; seulement on ne s'est pas entendu sur le point de savoir lequel devait être sacrifié.

147. L'étude de cette matière dans la législation moderne nous place en présence de cette difficulté qu'on rencontre trop souvent en droit romain, où des textes empruntés à des sources différentes exercent depuis des siècles la sagacité des commentateurs, jaloux de justifier la parole de Justinien et d'éviter toute contrariété entre les fragments des jurisconsultes. On retrouve ici les procédés usités à l'occasion des antinomies, dont on ne saurait purger complétement la compilation des Pandectes. Désire-t-on sauver toute dissonance au moyen de distinctions qui feront sa part à l'article 694, et sépareront l'hypothèse prévue dans cet article de la règle posée en l'article 692, des distinctions variées ont été imaginées; l'embarras seulement est de choisir la meilleure. Préfère-t-on ces moyens violents de conciliation, qui consistent à ajouter ou à retrancher quelque chose dans un texte, ces solutions radicales n'ont pas été négligées dans l'affaire. Mais les uns veulent effacer le mot *continues* dans l'article 692, les autres aiment mieux introduire dans l'article 694 le mot *continue,* qui ne s'y trouve point.

148. Qu'on veuille bien prendre garde qu'il ne s'agit pas ici de débats purement scientifiques, d'une discussion d'école, ainsi qu'il arrive chez nous, quand on cherche à fixer le sens de tel fragment du Digeste qui ne cadre pas parfaitement avec tel autre. La question a malheureusement un intérêt pratique, que trop de procès ont mis en jeu. La jurisprudence a flotté entre les divers systèmes qui se sont produits; et qui pourrait même assurer qu'elle est aujourd'hui définitivement assise à la suite de tant de décisions judiciaires intervenues à propos des articles 692 et 694? Si nous venons ajouter quelques pages à tout ce qui a été déjà écrit sur ce conflit de textes, c'est que nous trouvons là une confirmation du jugement que nous avons cru devoir porter sur la valeur de la division des servitudes

prédiales en continues et discontinues. Cette distinction, malencontreuse à notre gré, que nous avons condamnée en traitant de la prescription, apparaît encore ici comme la cause de la confusion qui depuis la promulgation du Code Napoléon règne sur les véritables règles de ce mode de constitution des servitudes, auquel on est convenu de donner le nom de destination du père de famille.

149. L'hypothèse à laquelle se réfère cette appellation est la suivante. Un individu, propriétaire à la fois de deux héritages, se sert de l'un de ces héritages pour procurer à l'autre une utilité, qui constituerait une servitude, si les deux fonds appartenaient à des maîtres différents. Ainsi Primus, propriétaire de la maison A et de la maison B, afin d'éclairer la maison A, perce des fenêtres qui ouvrent immédiatement sur une cour ou sur un jardin dépendant de la maison B ; ou bien il arrange les égouts de celle des deux maisons qui est le plus élevée de manière à ce que les eaux pluviales découlent sur le toit de la maison qui a le moins de hauteur. — Primus, possédant une prairie dans laquelle jaillit une source, ne se borne pas à tirer parti de cette circonstance pour l'irrigation du fonds où la source prend naissance ; il dispose des canaux, des tuyaux qui conduisent l'eau dans une prairie voisine dont il est également propriétaire.— Supposez encore deux champs contigus ayant le même maître, il arrivera souvent que pour l'exploitation de l'un de ces champs un passage sera emprunté à l'autre, passage qui se manifestera par des travaux apparents, par une barrière, par un pont jeté sur le fossé séparatif des deux héritages. Aussi longtemps que la propriété des deux immeubles résidera sur la même tête, il ne peut pas être question d'une servitude. Mais une fois que le maître unique aura disparu, et qu'il y aura deux maîtres différents, les choses ne pourront plus rester dans la situation où les avait placées le maître commun sans que l'état de servitude apparaisse.

150. Au moment où s'opérera la séparation de propriété, soit à raison d'un partage entre les héritiers, soit par l'effet d'une aliénation consentie de la part du maître des deux fonds, il est incontestable qu'il dépend de la volonté des intéressés de créer la servitude ou de s'opposer à son établissement. Le parti le plus sage est assurément de s'expliquer formellement

à cet égard : et si, cette précaution ayant été observée, il a été déclaré que l'arrangement réglé par le père de famille continuerait nonobstant la division des héritages, la servitude qui en résultera reposera sur un titre exprès, sans que l'on ait à s'inquiéter de la nature de cette servitude, ni de la catégorie dans laquelle elle peut rentrer. Mais peut-être les actes qui ont eu pour but d'opérer la division ont-ils gardé le silence sur ce point ; peut-être aussi ces actes ont-ils été perdus. Que décider en pareil cas? Doit-on interpréter ce silence en faveur de l'établissement tacite d'une servitude, ce qui induirait à la supposer existante, s'il y a impossibilité de produire le titre? Faut-il dire, au contraire, que la liberté sera présumée, du moment où il n'est pas démontré que la condition d'assujettissement a été l'objet d'une convention expresse?

151. Les jurisconsultes romains s'étaient occupés de cette question ; et il nous paraît assez clair que la doctrine généralement admise exigeait pour la constitution des servitudes une déclaration explicite, qu'on ne tenait pas compte de l'état des lieux existant lors de la séparation afin de sous-entendre la volonté de créer une servitude, qu'en un mot les Romains n'avaient pas érigé en règle de droit ce mode d'établissement qui a été qualifié chez nous destination du père de famille. Voici comment s'exprimait Ulpien, l. 10, D. *comm. prœd.* :

« *Quidquid venditor, servitutis nomine, sibi recipere vult, no-*
« *minatim recipi oportet. Nam illa generalis receptio,* QUIBUS
« EST SERVITUS, UTIQUE EST, *ad extraneos pertinet, ipsi nihil pro-*
« *spicit venditori ad jura ejus conservanda: nulla enim habuit,*
« *quia nemo ipse sibi servitutem debet. Quinimo, et si debita*
« *fuit servitus, deinde dominium rei servientis pervenit ad me,*
« *consequenter dicitur extingui servitutem.* »

152. D'après la position qu'occupe ce fragment dans la compilation des Pandectes, il y a là une règle applicable à toutes les servitudes. Celui qui, propriétaire de deux fonds, en aliénant l'un et retenant l'autre, entend se réserver un droit de servitude sur le fonds par lui abandonné, celui-là doit avoir soin d'énoncer catégoriquement cette prétention : *nominatim recipi oportet.* En vain aurait-il usé d'une formule générale imposant à l'acquéreur l'obligation de subir toutes les

servitudes déjà existantes. Cette clause ne saurait être invoquée à son profit par le vendeur; elle n'a trait qu'aux droits concernant des tiers, vu qu'il est impossible de considérer le vendeur comme ayant un droit de servitude sur sa propre chose : *quia nemo ipse sibi servitutem debet.* En outre, le jurisconsulte résout de la même manière le cas où un rapport de servitude ayant dans le passé réellement subsisté entre le fonds aliéné et le fonds conservé, parce qu'ils avaient alors des maîtres différents, la servitude aurait été éteinte par voie de confusion. Cette confusion, une fois opérée, n'en continue pas moins à produire ses effets, bien que la séparation des héritages reparaisse, et que désormais il y ait possibilité de concevoir une servitude. Sur ce dernier point, Paul, dans la loi 30, *pr.*, D. *De serv. præd. urb.*, se rallie exactement à la théorie professée ici par Ulpien [1].

153. Dans les textes que nous avons cités, c'est toujours le vendeur qui est indiqué comme ne pouvant prétendre à une servitude, faute de s'être expliqué positivement. On pourrait donc être tenté de rattacher ces décisions à la maxime suivie chez les Romains, et reproduite dans l'article 1602 Code Napoléon, maxime d'après laquelle les obscurités d'un contrat de vente doivent s'interpréter contre le vendeur. Ce dernier est, en effet, celui qui est le mieux édifié sur l'état des lieux, et il y aurait, dira-t-on, à craindre une surprise au détriment de l'acheteur, si on lui imposait des servitudes dont l'existence ne lui a pas été suffisamment révélée. — Sans doute, à l'occasion des servitudes réservées par un vendeur, il y avait lieu d'appliquer la règle d'interprétation sus-énoncée, et la loi 33,

[1] *Si quis ades, quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est : et si rursus vendere vult, nominatim imponenda est servitus ; alioquin liberæ veniunt.* — Ces deux hypothèses, traitées identiquement par les jurisconsultes romains, doivent aussi chez nous, du moins dans notre opinion, obéir aux mêmes règles. Il importe peu, à notre estime, que le père de famille ait créé lui-même l'état de choses duquel doit s'induire la constitution tacite de la servitude au moment de la séparation des héritages, ou qu'il ait laissé subsister un état de choses qu'il a trouvé. Nous aurons cependant à voir que des autorités fort graves veulent aujourd'hui distinguer entre les deux hypothèses. Nous reviendrons sur ce point, en appréciant les divers systèmes proposés pour la conciliation des articles 692 et 694 ; mais dès à présent il est bon de noter que, aux yeux des Romains, il n'y avait aucune différence à faire.

D. *De cont. emt.*, en fournit un exemple. Toutefois cette application suppose qu'on est en présence de conventions formulées, dont la portée est seulement ambiguë. Mais quand il s'agit de suppléer au silence des parties, et de considérer, par voie de sous-entendu, comme accordée une servitude dont il n'a pas été fait mention, l'exclusion de ce mode de constitution tacite pouvait léser tout aussi bien l'acheteur que le vendeur. C'est ce qui ressort implicitement d'un fragment assez intéressant de Julien, de la loi 31, D. *De serv. præd. rust.*, que nous croyons bon d'analyser.

154. Julien suppose d'abord entre les mains de propriétaires différents trois héritages qui se suivent en formant un plan incliné. Les choses étant ainsi, le propriétaire du fonds le plus déclive, que nous appellerons le fonds C, acquiert un droit de prise d'eau qui lui est concédé par le propriétaire du fonds le plus élevé, soit le fonds A, et il traite également avec le propriétaire du fonds B intermédiaire, pour y établir des tuyaux à l'aide desquels l'eau est conduite du fonds A sur le fonds C. Bientôt après le maître du fonds C se rend acquéreur du fonds A, puis enfin il aliène le fonds C en retenant le fonds A. La question qui s'élève est celle de savoir si l'acheteur a le droit d'exiger le maintien de l'aqueduc. Pour trancher cette question, le jurisconsulte romain ne s'inquiète nullement de rechercher quelle a dû être l'intention des parties, et ne songe point à tirer argument de la disposition des lieux à l'effet d'établir cette intention. Ce qui le préoccupe uniquement, c'est d'examiner s'il y avait servitude au moment de l'aliénation. On pourrait en douter, à raison de ce que la propriété du fonds A, qui fournit l'eau, et la propriété du fonds C, qui la reçoit, ayant été réunies dans la même main, il semble que la servitude a dû être anéantie par voie de confusion. Cependant Julien décide que la confusion ne s'est pas produite dans l'espèce, parce que le fonds intermédiaire est toujours resté la propriété d'un autre. Il y a donc eu une portion des héritages intéressés dans la servitude qui est demeurée à l'état d'assujettissement. Dès lors, par suite du caractère d'indivisibilité qui affecte les servitudes, l'extinction du droit n'ayant pas été totale, la confusion fait absolument défaut, attendu qu'elle ne saurait être partielle. D'après cette manière de raisonner on est autorisé à conclure, ce que d'ailleurs la fin du texte

énonce positivement, que si les trois fonds avaient été concentrés dans le même patrimoine, il y aurait eu disparition de la servitude; dans ce cas, l'acheteur n'aurait pas été fondé à se prévaloir de l'état matériel des choses pour conserver à son profit les travaux destinés à effectuer l'irrigation, bien qu'ils existassent à l'instant où il s'est porté acquéreur.

155. L'équité est satisfaite assurément de la solution donnée par Julien; mais l'esprit est-il également satisfait du motif sur lequel repose cette solution? L'acheteur dont il est parlé à la loi 31 a vu heureusement ses intérêts sauvegardés grâce à l'indivisibilité des servitudes; mais probablement, quand il s'est décidé à acheter, il n'avait pas compté sur cette subtilité de droit. Il s'était dit sans doute : voilà un fonds qui est fertilisé par une conduite d'eau disposée pour accroître les récoltes de ce fonds; je sais ce qu'il peut rapporter à raison de cet aménagement; je le prends dans la condition où il est, ce qui fait que j'en donne tel prix. C'est là le langage du bon sens, inspiré par la vue des lieux, de sorte que la même pensée viendra à l'acheteur de tout fonds arrangé pour profiter d'une irrigation, alors même que le vendeur aurait fait les travaux destinés à l'irrigation, en agissant exclusivement sur son terrain, et sans emprunter l'aide d'un fonds intermédiaire. Supprimez néanmoins cette circonstance, supposez qu'il s'agisse d'un propriétaire qui a utilisé une source, sans valeur peut-être là où elle jaillit, pour féconder une prairie voisine qui lui appartient. Cette prairie s'est améliorée sensiblement depuis qu'elle est pourvue d'un appareil d'arrosement. Survient une vente de la prairie, dans laquelle on omet de spécifier le maintien de l'aqueduc; suivant les jurisconsultes romains, le vendeur peut retenir son eau et ne livrer qu'une prairie qui, devenue aride, produira désormais bien moins qu'elle n'avait l'habitude de le faire. N'est-ce pas tromper l'attente raisonnable qu'avait dû concevoir l'acheteur?

156. L'état de choses existant lors de l'aliénation, voilà ce qui frappe les yeux de l'acquéreur. L'immeuble est apprécié par lui avec les facilités d'exploitation qu'il voit en usage, et qui constituent en fait la condition du fonds. Peu importe que ces moyens d'exploitation, se révélant par des travaux apparents, puissent revêtir avant l'aliénation le caractère d'une servitude proprement dite, ou que les éléments exigés scien-

tifiquement pour l'idée d'une servitude fassent défaut. Cette distinction est exacte en théorie ; elle n'échappera pas à un jurisconsulte. Mais, dans la pratique des affaires, il ira de soi que les arrangements pratiqués pour l'amélioration d'un héritage doivent être regardés comme des arrangements permanents, destinés à durer, comme modifiant le fonds et en devenant des parties intégrantes, en tant du moins que le contraire n'aura pas été déclaré au moment de l'aliénation.

157. Du reste, il est des hypothèses où la disposition réglée par le propriétaire commun est tellement inhérente à la chose qu'on ne peut songer à y rien changer dans les mains du nouveau propriétaire, sans altérer la substance même et la forme de l'immeuble. Un individu possède deux corps de logis étroitement liés ensemble, de telle sorte que l'un des bâtiments est en partie supporté par l'autre. En mourant, il laisse chacune de ces habitations distinctes à un légataire différent. Le cas est prévu dans la loi 1, D. *De servit. leg.*, où il est question de deux *tabernæ conjunctæ*, avec cette circonstance que : *Quid ex superiore taberna in inferiorem ædificatum esset.* On se demandait s'il ne fallait pas considérer que le testateur avait entendu imposer à la *taberna inferior* la servitude *oneris ferendi.* Minucius avait répondu affirmativement. Cependant Julien semble d'abord vouloir user ici de la même rigueur qu'en matière de vente. Dans ses annotations sur Minucius, il commence par exiger une déclaration expresse de la part du testateur. Toutefois il se décide à admettre la servitude, pourvu que la *taberna* ait été léguée dans l'état où elle se trouve : *uti nunc est.* Sérieusement, n'est-ce pas reconnaître que l'intention de créer une servitude peut être induite de l'état des lieux, sans qu'elle ait besoin d'être énoncée *in terminis?* Ne semble-t-il pas oiseux de dire que les objets légués passeront aux légataires tels qu'ils sont [1] ?

[1] Les hésitations de Julien tenaient peut-être au caractère particulier qui accompagnait en droit romain la servitude *oneris ferendi*, dans laquelle le propriétaire du fonds servant était obligé d'entretenir le mur en état de supporter les constructions du voisin, nécessité qu'on faisait dériver de la formule usitée à cette occasion, comme l'indique la loi 33, D., *De serv. præd. urb. : paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit.* C'est pourquoi sans doute Julien attachait de l'importance à ces mots : *uti nunc est.* Néanmoins, abstraction faite de cette difficulté, qui ne roule que sur l'étendue

158. La doctrine qui paraît incontestablement avoir dominé dans la jurisprudence romaine, et qui excluait le jeu de ce que nous appelons la destination du père de famille, cette doctrine pouvait donc être exposée à subir des échecs. La force des choses l'emportait quelquefois sur cette idée qu'une servitude, comme contraire à l'état naturel de la propriété, requérait en principe une constitution expresse. Il y avait des cas où la nécessité de tenir compte de la disposition des lieux s'imposait d'une façon absolue [1]; si les parties n'avaient point parlé, les choses, ainsi qu'on l'a dit, parlaient d'elles-mêmes. L'influence de la destination du père de famille n'est point par conséquent restée totalement inconnue en droit romain. Seulement elle n'y apparaît qu'alors qu'il est tout à fait impossible de ne point lui faire une place. Il était réservé à une autre législation de tracer des règles plus larges suivant lesquelles pourrait opérer ce mode de constitution des servitudes.

159. L'interprétation raisonnable de la volonté des parties, qui est toute la base de ce mode de constitution, se fit jour dans notre pays, par suite de cette tendance de l'esprit français à faire prévaloir la bonne foi comme la règle générale d'après laquelle doivent être appréciées toutes les conventions. Quand il y a deux héritages mis en rapport entre eux, de façon que l'un rende service à l'autre, et que cet arrangement se révèle par des travaux ostensibles, n'est-il pas naturel de supposer que ceux qui traitent à l'occasion de ces héritages les ont envisagés tels qu'ils étaient à ce moment, avec les avantages ou les inconvénients résultant de cette situation? N'est-il pas plus conforme à l'intention véritable des parties, qui ont gardé le silence, de décider qu'elles ont entendu maintenir le *statu quo*, plutôt que de leur supposer la pensée secrète de vouloir innover et détruire ce qui existe? Le propriétaire d'une maison

de la servitude, il ne pouvait être douteux en aucun cas que le légataire de la *taberna inferior* n'était pas fondé à exiger la démolition de l'autre *taberna* pour la partie qui reposait sur son bâtiment, en sorte qu'il y aurait toujours eu, même à défaut des termes : *uti nunc est*, une véritable servitude tacitement constituée.

[1] On trouvera dans la première partie de la loi 47, D., *De damn. inf.*, un autre exemple de servitude découlant de la destination du père de famille, à raison de particularités dans la disposition des édifices, qui rendent encore la servitude indispensable.

la vend, en gardant un terrain sur lequel la maison vendue a des fenêtres ouvrant immédiatement, ou sur lequel tombent les égouts des bâtiments aliénés ; le propriétaire d'une prairie traversée par des canaux d'irrigation vend cette prairie, en retenant le fonds d'où provient la source qui a reçu la destination de fertiliser la prairie. A défaut d'explications précises dans le contrat, va-t-on déclarer que les fenêtres devront être bouchées, que les égouts devront être supprimés, que la prairie devra être privée du bénéfice des eaux qui développaient sa fécondité? Telle était, nous l'avons vu, la décision suivie en droit romain, décision fort peu équitable assurément. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que ces idées n'aient pas été d'abord accueillies en France, et que le premier mot de la législation nationale sur cette matière ait été de condamner cette doctrine rigoureuse pour, en prendre justement le contre-pied.

160. C'est ce dont il est facile de se convaincre, en se reportant au premier essai de rédaction des usages observés chez nous en matière de servitudes ; on y trouve positivement consacrée pour le cas qui nous occupe la règle d'une constitution tacite. Cette règle reçut la formule suivante dans l'article 91 de l'ancienne coutume de Paris : « *Par ladite coutume, disposition ou destination du père de famille vaut titre.* » Le sens de ces expressions ne saurait être douteux. Deux héritages, aujourd'hui séparés, ont appartenu précédemment au même propriétaire : tandis qu'ils étaient réunis dans la même main, il y a eu une *disposition* telle que l'un des héritages retirât de l'autre une utilité; cette circonstance de fait, sous le nom de destination du père de famille, est aussi efficace pour engendrer désormais une servitude que s'il y avait un titre, c'est-à-dire que si la volonté de créer la servitude avait été formellement exprimée. On doit voir dans l'état matériel des lieux un titre muet équivalant à un titre écrit. C'est bien ainsi que l'entendait Dumoulin, qui exigeait seulement une *destinatio, non temporalis sed perpetua.*

161. Malheureusement ce système était directement contraire au droit romain, et, comme tel, il ne trouva pas grâce devant les réformateurs de la coutume en 1580. Aux yeux de la plupart des jurisconsultes de cette époque, le droit romain était un type de législation parfaite, qu'on ne saurait trop imi-

ter; pour améliorer dans ce sens la coutume, on y inséra une disposition (art. 215) écrite évidemment sous l'inspiration du fragment 10, D., *Comm. præd.*, que nous avons cité plus haut[1]. Pour être conséquent, il eût fallu effacer résolûment la destination du père de famille comme moyen de constituer une servitude. Néanmoins la coutume réformée continuait à mentionner ce mode. Après l'article 215, dont on connaît la portée, vient un article (216), qui commence par dire : *Destination du père de famille vaut titre.* Si l'on s'était arrêté là, ainsi que le faisait l'ancienne coutume, il y aurait eu contradiction avec l'article précédent. Les réformateurs le comprirent, et ils ajoutèrent ces mots fort importants : *quand elle est ou a été par écrit et non autrement.* Cette addition n'était, en réalité, autre chose que l'abolition du mode particulier constaté comme droit en usage par les auteurs de la coutume primitive, moins imbus de respect pour le droit romain. Qui ne voit, en effet, qu'exiger un écrit même à l'occasion des servitudes conformes à un règlement antérieur fait par le propriétaire commun, c'est ne tenir aucun compte de cette circonstance? Les servitudes, qui ne seraient que la consécration de l'ancienne disposition des lieux, ne sont pas traitées autrement que celles qui, n'ayant pas cette origine, surgiraient au moment de la séparation des héritages, grâce à la volonté des parties. Puisqu'il faut toujours un écrit, qu'importe que l'on fasse des innovations ou qu'on maintienne ce qui existait[2] ?

[1] Voir n° 151. — Voici la teneur de cet article 215 : « *Quand un père de famille met hors ses mains partie de sa maison, il doit spécialement déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors ses mains, ou quelles il institue sur le sien : il les faut nommément et spécialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure, qu'espèce de servitude. Autrement toutes constitutions générales de servitudes, sans les déclarer comme dessus, ne valent.* »

[2] Cette critique de l'article 216 n'avait point échappé aux anciens commentateurs. Duplessis, sur le titre IX, *Des servitudes*, liv. I, p. 370, après avoir dit que la règle : nulle servitude sans titre avait toujours eu lieu tant dans l'ancienne que dans la nouvelle coutume, écrivait ce qui suit : « *L'ancienne faisait une exception : savoir que la destination du père de famille valait titre; mais la nouvelle coutume y a ajouté les mots :* QUAND ELLE EST OU A ÉTÉ PAR ÉCRIT, ET NON AUTREMENT ; *ce qui est autant que si on avait entièrement rayé l'article, puisqu'il se trouve ainsi que la destination du père de famille pour constituer une servitude ne sert de rien, et qu'il en faut toujours un titre par écrit.*

162. Les dispositions bizarres de la nouvelle coutume de Paris, touchant la destination du père de famille, furent reproduites par quelques autres coutumes, en petit nombre cependant, notamment par la coutume d'Orléans. Certaines coutumes conservèrent la mention de ce mode de constitution des servitudes, sans exiger la nécessité d'un acte écrit. Enfin la plupart des coutumes gardaient sur la matière un silence absolu. Nous n'avons point à nous occuper des controverses qui s'élevèrent entre les anciens auteurs, à l'occasion de cette dernière classe de coutumes, pour décider s'il fallait rejeter la destination du père de famille ou l'admettre moyennant telles ou telles conditions. Nous ferons seulement observer que, relativement à la seconde catégorie des coutumes, fut agitée la question de savoir s'il fallait se conformer aux prescriptions de la coutume de Paris, c'est-à-dire produire un écrit. La négative prévalut avec raison. C'est ce qui est attesté par l'un des derniers auteurs qui aient commenté l'ancien droit sur la matière des servitudes, par Lalaure, zélé défenseur cependant du texte de la coutume de Paris. Voici comment il termine la discussion de ce point, liv. III, ch. IX : « *En sorte que l'on doit penser que dans toutes les coutumes qui portent que destination du père de famille vaut titre, sans ajouter ces mots*, QUAND ELLE EST OU A ÉTÉ PAR ÉCRIT, *la simple destination suffit, et le titre muet supplée au titre écrit.* »

163. Il ne pouvait se faire que le système consacré par la nouvelle coutume de Paris ne soulevât pas de récriminations. Aussi fut-il censuré par de Lamoignon dans ses arrêtés, qui étaient, on le sait, le résultat des délibérations de jurisconsultes réunis par ce magistrat, dans le noble but de préparer l'unité de la législation française. De Lamoignon déplorait qu'on se fût écarté des dispositions de l'ancienne coutume, qu'il considérait comme le droit commun des pays coutumiers. Il faisait observer que les papiers étant sujets à de nombreux accidents, la perte du titre emportait l'extinction de la servitude, ce qui occasionnait souvent des procès, au lieu, disait-il, que l'état ancien des bâtiments fait une preuve certaine et infaillible de l'état des servitudes. A côté de considérations si concluantes, les motifs donnés pour justifier la réformation de la coutume n'avaient que bien peu de valeur. Il était à craindre, suivant Lalaure, qu'on ne prît à la longue pour des destinations de

père de famille des arrangements faits par les locataires de maisons se joignant, les locataires, prétendait-il, demeurant quelquefois vingt, trente et quarante ans dans la même maison.

164. Pothier n'avait pu se résoudre à admettre la nécessité, pour la constitution de la servitude, d'un écrit qui constatât, au moment de la séparation des héritages, la volonté expresse de maintenir l'état précédent des lieux. Voici ce qu'il avait imaginé, pour faire concorder sa doctrine avec les articles 227 et 228 de la coutume d'Orléans, copiés textuellement sur les articles 215 et 216 de la coutume de Paris. A ses yeux, l'article 227 était étranger à la destination du père de famille ; il n'avait trait qu'aux servitudes que l'on entendait établir, à titre d'innovation, lors de l'aliénation ; il n'était que la reproduction de la doctrine de Paul, dans la loi 7, pr., D., *Comm. præd.*, sur l'inefficacité de la réserve en termes vagues d'une servitude dont l'espèce ne serait point précisée. Aussi Pothier enseignait-il que cet article recevait *exception* au cas de l'article suivant, c'est-à-dire quand il y avait destination du père de famille. C'est pourquoi, dans ses observations sur l'article 228, après avoir indiqué les circonstances constitutives de cette destination, il disait qu'au moment de la séparation des héritages la servitude prenait naissance, sans qu'il fût besoin d'une mention expresse. « La raison en est, écrivait Pothier, « que la maison qui a été aliénée est censée l'avoir été en l'état « qu'elle se trouvait, et pareillement que lorsqu'elles ont été « partagées, elles sont censées l'avoir été telles et en l'état « qu'elles se trouvaient. »

165. On ne peut mieux expliquer l'inutilité d'un écrit au point de vue de l'intention des parties lors de l'aliénation. Toutefois, en déclarant un écrit superflu à cet égard, il fallait trouver un sens aux derniers mots de l'article de la coutume : *quand elle est ou a été par écrit, et non autrement*. Suivant Pothier, ces mots se référeraient à l'arrangement réglé par le propriétaire commun ; c'est sur cet agissement du père de famille qu'il fallait produire une preuve écrite, pour laquelle du reste on devait se contenter des marchés écrits passés avec les ouvriers, ou des quittances données par ceux-ci. N'était-ce pas, en vérité, tomber de Charybde en Scylla ? Si le besoin d'un écrit n'existe pas pour laisser les choses dans l'état, à l'instant où l'aliénation fait naître un intérêt opposé au main-

tien du *statu quo*, cette précaution se conçoit encore moins quand il s'agit d'un propriétaire, qui travaille sur son terrain, qui ne s'inquiète point de l'avenir, qui n'a auprès de lui aucun contradicteur avec lequel il puisse régler la situation dont il est seul maître. Pothier est obligé de mettre le père de famille en rapport d'écritures avec les ouvriers qu'il emploie. Mais le plus souvent il n'y aura eu ni marché écrit, ni quittance écrite, les travaux dont il est cas ayant peu d'importance; et si par hasard il y a eu quelques écrits de cette nature, ils ne constituent pas des titres de propriété; ce sont là des papiers qu'il n'est guère d'usage de conserver avec soin. Un jour venant, celui qui possède l'héritage, en faveur duquel le droit à la servitude dépend de l'exhibition de la preuve écrite dont parle Pothier, sera fort embarrassé pour produire des actes qui n'ont jamais existé, ou qui n'ont eu qu'une existence éphémère.

166. Telle n'était pas assurément la pensée des réformateurs de la coutume de Paris; telle n'était pas l'interprétation adoptée généralement par les auteurs des pays coutumiers. Le sens véritable, que nous avons développé plus haut, fut d'ailleurs fixé par la jurisprudence, ainsi que le constatent divers arrêts cités par Lalaure. Toutefois ce sens était si peu raisonnable que les faits se chargèrent de mettre en relief les inconvénients de la doctrine formulée par les réformateurs de 1580. L'iniquité de cette doctrine éclata à l'occasion d'un procès entre le sieur Rousset de Valleroche et le sieur de Casaubon. On trouvera tous les détails de cette affaire dans Lalaure[1], qui jugea l'espèce trop intéressante pour ne pas la rapporter.

167. En fait, le sieur de Valleroche, propriétaire à Paris de deux maisons contiguës, avait vendu au sieur Casaubon l'une de ces maisons, laquelle avait des fenêtres sur une cour dépendant de la maison retenue par le vendeur. Le contrat de vente portait que la maison était vendue ainsi qu'elle se poursuivait et comportait, sans en rien excepter ni réserver; mais il n'y était fait aucune mention desdites fenêtres. Deux ans après la vente, le sieur de Valleroche s'avisa d'exiger la suppression des fenêtres; il gagna son procès devant le Châtelet,

[1] Page 226 et suiv.

qui fit application des articles 215 et 216 de la coutume de Paris, sentence qui est fort approuvée par Lalaure. Cependant le même auteur nous apprend que sur l'appel le sieur de Casaubon, mieux conseillé, embrassa un genre de défense bien plus solide, qui fut de demander à la Cour la nullité du contrat pour cause de lésion, à l'effet de quoi il prit des lettres de rescision. Ce moyen triompha, et suivant arrêt du 29 mars 1760, le Parlement déclara nul et résolu le contrat, si mieux n'aimait le sieur de Valleroche laisser subsister à perpétuelle demeure les jours, vues et servitudes dont il était question. Il paraît que le sieur de Valleroche opta pour ce dernier parti, et qu'il se résigna à subir les servitudes plutôt que de reprendre sa maison en rendant le prix.

168. Cet arrêt était le coup de grâce pour le système introduit par la nouvelle coutume. L'opinion du monde juridique ne s'y trompa pas; aussi le bruit du palais était-il que la Cour avait prononcé contre le texte de la coutume. Néanmoins Lalaure ne se rend pas; il soutient que, nonobstant l'arrêt, les articles 215 et 216 sont restés debout. Car enfin, dit-il, si le sieur de Valleroche eût voulu, les servitudes n'auraient pas subsisté; il n'avait qu'à reprendre sa maison et à la vendre à un autre, *en le chargeant par le contrat de boucher les jours.* Ces derniers mots sont de trop dans le panégyrique de la coutume réformée. Son texte, en effet, dispensait le vendeur d'imposer cette charge à l'acheteur, puisque les servitudes, malgré leur conformité à l'état des lieux, étaient condamnées à disparaître, si elles n'avaient pas été expressément réservées. Mais, d'un autre côté, depuis la jurisprudence de 1760, on devait annuler la vente pour le cas où, les parties ayant gardé le silence, le vendeur prétendrait modifier les anciennes dispositions. Il s'ensuivait que, en dernière analyse, l'aliénation, non accompagnée d'explication, n'était valable qu'à la condition du maintien du *statu quo,* que, par conséquent, la constitution des servitudes était tacite. C'est dans ce sens, en effet, que se dénoua le procès entre les sieurs de Valleroche et de Casaubon.

169. Les choses en étaient là lorsque les rédacteurs du Code eurent à statuer sur les effets de la destination du père de famille. Les décisions auxquelles ils s'arrêtèrent à cet égard

reçoivent, nous le croyons, une grande lumière de l'examen des textes antérieurs. Laissons de côté l'article 693, qui n'a pas d'analogue dans la coutume de Paris. Son but est de définir ce qu'on doit entendre par destination du père de famille, et nous verrons que cette définition trop étroite a servi de base à l'un des systèmes par lesquels on prétend concilier les articles 692 et 694. Quant à ces deux articles, ils ne sont, avec un changement dans l'ordre des dispositions, que les articles 215 et 216 retournés. L'article 692 correspond à l'article 216 de la coutume de Paris, sauf qu'il le modifie radicalement, au moyen du retranchement de cette condition : *quand elle est par écrit et non autrement*. En ce qui touche l'article 694, il prévoit le même fait que l'article 215 de la coutume; mais il donne une solution inverse, puisqu'il induit la constitution de la servitude du silence gardé dans le contrat.

170. Il est temps d'aborder la difficulté à laquelle a donné lieu le rapprochement des articles 692 et 694, difficulté qui a tant exercé la plume des commentateurs, et qui a fait surgir tant de décisions judiciaires contradictoires entre elles. D'une part, quand le législateur, dans l'article 692, investit de la force d'un titre la destination du père de famille, il limite l'application de ce mode de constitution aux servitudes tout à la fois continues et apparentes. D'une autre part, l'article 694, à l'occasion d'une espèce qui semble bien appartenir au domaine de la destination du père de famille, se contente d'un signe apparent, sans exiger en outre la continuité.

171. La plupart des auteurs qui ont traité ce sujet se sont évertués à spécialiser l'hypothèse de l'article 694. A nos yeux, leurs efforts n'ont pas réussi à expliquer pourquoi il faudrait, au cas prévu en cet article, s'écarter du droit commun qui régit la destination du père de famille. Peut-être aurait-on évité de chercher péniblement le sens particulier de cet article, si l'on eût bien fait attention à son origine. Cette origine, nous l'avons déjà signalée; elle se trouve dans l'article 215 de la coutume de Paris, article inspiré aux réformateurs de 1580 par la loi 10, D., *Comm. præd.* Or cette loi, de même que l'article qui y avait été puisé, était la négation de toute efficacité attribuée à la destination du père de famille, puisqu'on aboutissait à ne tenir aucun compte de l'ancien état des lieux. En

conséquence de l'adoption des principes romains, les réformateurs avaient été conduits à dénaturer le caractère assigné par l'ancienne coutume à la destination du père de famille, ou plutôt, suivant la remarque judicieuse de Duplessis, ils avaient, en réalité, supprimé ce mode de constitution, puisqu'ils exigeaient absolument un titre écrit. Tout cela se tenait étroitement, et ne formait qu'un système unique, les deux propositions énoncées aux articles 215 et 216 se liant entre elles, et s'expliquant par la même idée. A part la tentative de Pothier, restée sans écho, pour désunir les deux articles, la doctrine générale ne les séparait pas, et la jurisprudence était conforme à cette doctrine. Eh bien, les rédacteurs du Code se sont attachés dans les articles 692 et 694 aux questions mêmes qui étaient l'objet des articles 215 et 216, pour leur donner toutefois une solution inverse de celle qui était précédemment admise. — Il est vrai que les auteurs du Code commencent, ce qui est plus rationnel, par statuer sur la valeur de la destination du père de famille; ils l'érigent en titre, pourvu qu'il s'agisse de servitudes continues et apparentes, en ayant soin d'effacer la condition d'une déclaration écrite. Non contents d'avoir déjà écarté par voie de prétérition la nécessité de cette condition, ils prennent la peine de proclamer explicitement, dans l'article 694, le système de la constitution tacite de la servitude, ce qui était justement le contre-pied de l'article 215. Il nous paraît évident que les rédacteurs modernes ont voulu simplement, en suivant pas à pas les auteurs de la coutume, réglementer ce que ceux-ci avaient réglementé, tout en substituant aux décisions qu'ils rejetaient des décisions qui leur semblaient meilleures.

172. S'il en est ainsi, les principes de la saine interprétation conduisent à ce résultat que l'article 692, comme établissant la règle, doit prévaloir sur l'article 694, qui n'est qu'une application de cette règle. Voici exactement la série des idées du législateur. Dans l'article 692, il se prononce d'abord en faveur de l'usage observé dans l'ancienne coutume de Paris; désormais la destination du père de famille, par elle-même, vaudra titre; mais cet effet est positivement restreint aux servitudes continues et apparentes. Tel est le système adopté. — L'article 693 a pour but d'expliquer que la destination du père de famille consiste dans une disposition des lieux de la

part du propriétaire des deux héritages. — Quant à la proposition formulée dans l'article 694, elle était superflue à énoncer; elle ne se conçoit que par le désir de bien indiquer qu'on voulait condamner absolument la doctrine consacrée par la coutume réformée. C'est l'article 215 de cette coutume qui a provoqué l'article 694 du Code : on a deux fois proclamé la vertu de la destination du père de famille, parce que la coutume l'avait deux fois niée. Est-il possible de croire qu'on ait eu l'intention de modifier aussitôt ce qui venait d'être arrêté? L'article 694 n'est qu'un exemple, en quelque sorte une décision d'espèce, à l'imitation des jurisconsultes romains. Ce qui manque dans les faits de l'espèce doit être naturellement suppléé, en remontant à la règle. L'omission de la continuité s'excuse d'ailleurs très-bien, attendu que le caractère d'apparence est celui qui est déterminant pour justifier la constitution tacite de la servitude. Les parties ont vu ce qui existait; en s'abstenant de dire que l'état des lieux serait changé, elles ont entendu qu'il serait maintenu.

173. Notre avis serait donc, si l'on était au lendemain de l'émission du Code civil, si les choses étaient encore entières, que l'article 694 doit être complété par l'article 692. Néanmoins nous pensons qu'il y a lieu de repousser cette solution, en présence de l'ascendant qu'a conquis dans la jurisprudence cette idée que l'article 694 est indépendant de l'article 692, en présence aussi de cette considération que la condition de continuité nous paraît être exorbitante pour légitimer le jeu de la destination du père de famille. On pressent dès lors quelle est la conclusion à laquelle nous aboutirons *utilitatis causa* : c'est de donner tort à l'article 692, en ce qui concerne la continuité. Toutefois, pour rendre acceptable ce parti extrême, il nous reste une démonstration à faire. Elle consiste à établir que parmi les différents systèmes mis en avant pour circonscrire le terrain propre à l'article 694, et soustraire cet article à l'empire de l'article 692, il n'en est aucun qui soit satisfaisant, et qui, par conséquent, ne doive être rejeté.

174. Quelques mots suffiront pour faire justice d'une opinion peu accréditée aujourd'hui. Cette opinion s'attache à la lettre de l'article 694. Là où le sort des deux héritages dépend d'un seul propriétaire qui en *dispose*, un signe apparent serait

l'unique condition exigée pour la constitution tacite de la servitude. Si, au contraire, il y a concours de plusieurs propriétaires, les héritages étant dans l'indivision et devenant l'objet d'un partage, la servitude ne pourrait naître, en cas de silence des codisposants, qu'autant qu'il y aurait à la fois continuité et apparence. — Cette distinction, qui a été soutenue par Merlin, ne repose sur aucun motif sérieux; on cherche en vain pourquoi dans un partage, qui au fond est un contrat d'échange, il y aurait lieu à interpréter le silence des parties autrement que dans une vente ou dans une donation. Pothier, en ses observations sur l'article 228 de la coutume d'Orléans, mettait les deux hypothèses sur la même ligne au point de vue de la destination du père de famille. Il est vrai que dans l'ancien droit la coutume de Normandie séparait les deux cas; mais c'était précisément pour aboutir à un résultat inverse, c'est-à-dire pour admettre à l'occasion d'un partage l'efficacité de la destination du père de famille, repoussée en dehors de cette circonstance. Quoi qu'il en soit, ce système a paru quelque temps avoir chance de réussir devant les tribunaux; il avait été adopté par diverses cours, à Caen, à Bordeaux, à Metz, à Toulouse. Mais la Cour suprême a constamment condamné cette interprétation[1], que tous les auteurs modernes s'accordent également à repousser, et dont on trouvera une réfutation péremptoire dans l'excellent traité des servitudes de M. Demolombe[2].

175. Une seconde opinion compte dans la doctrine des partisans nombreux et d'un grand poids. Cette opinion s'appuie sur les termes de la définition donnée par le Code lui-même dans l'article 693, suivant lequel la disposition des lieux devrait être l'œuvre du propriétaire commun des deux héritages. C'est là, dit-on, un élément essentiel pour qu'il y ait destination du père de famille. Supposez, au contraire, que les travaux aient été faits originairement à titre de servitude, antérieurement à la réunion des deux fonds dans la même main. Sans doute la confusion, qui se produit plus tard, entraîne quant à présent extinction de la servitude; mais, quand la confusion vient à cesser par la séparation des héritages, la

[1] Le dernier arrêt est à la date du 27 mars 1866; voy. Dalloz, 1866, 1, 339.
[2] T. II, n° 819.

servitude, qui n'était en quelque sorte qu'assoupie, existera de nouveau, pourvu qu'il y ait signe apparent, indépendamment de la condition de continuité. Telle était si bien la pensée du législateur, en écrivant l'article 694, que cette pensée a été révélée par l'un des orateurs chargé d'exposer les motifs du projet de Code en cette matière; et, en effet, cette explication a été fournie catégoriquement par Albisson, dans son rapport au Tribunat, au nom de la section de législation.

176. On conçoit aisément que ces raisons aient pu séduire d'excellents esprits. Aussi des écrivains fort graves soutiennent-ils ce système, et nous nous rappelons l'avoir entendu professer par notre maître, quand nous étions sur les bancs de l'école. Mais, quelque ingénieux que soit ce système, en respectant le domaine dans lequel le législateur semble avoir circonscrit la destination du père de famille, l'autorité des précédents historiques et la puissance de la logique sont d'accord pour repousser cette conciliation. Elle repose sur une distinction qui était, nous l'avons vu, étrangère au droit romain, et qui était également restée inconnue à l'ancienne jurisprudence. Le but des rédacteurs du Code n'était point, nous le savons, d'introduire cette distinction, puisque l'article 694 n'était que le renversement de l'article 215 de la coutume de Paris, article qui visait assurément la destination du père de famille. La distinction est donc éclose dans la pensée du tribun Albisson, qui malheureusement a pris à la lettre la définition trop étroite contenue à l'article 693. Au fond, d'ailleurs, la doctrine que cette opinion prête au législateur ne saurait se justifier. Ce qui explique la constitution tacite de la servitude, c'est l'état des lieux au moment de l'aliénation; on présume que les parties, qui n'ont pas dit le contraire, ont entendu maintenir une situation apparente, et bien connue par conséquent. Or, au point de vue de l'intention des parties, en quoi importe-t-il que la disposition des lieux ait été créée par le propriétaire commun, ou qu'il l'ait laissé subsister? Seulement, le plus souvent, l'arrangement sera l'œuvre du propriétaire commun; les auteurs se bornent en général à présenter ce seul aspect, et le législateur, en le reproduisant uniquement, a eu le tort de lui donner un caractère trop absolu. En bonne logique, les deux hypo-

thèses appellent aujourd'hui, comme dans le passé, une solution identique. Aussi cette seconde opinion a-t-elle rencontré peu de faveur auprès des tribunaux. La Cour de Lyon a cependant jugé une fois dans ce sens, et on peut même citer un arrêt conforme de la Cour de cassation, à la date du 8 juin 1842. Mais la Cour suprême, dans ces dernières années, par des décisions réitérées, a définitivement proscrit l'interprétation que nous venons d'apprécier.

177. Nous arrivons à une troisième opinion, qui est certainement la plus considérable, à raison des suffrages imposants qu'elle peut invoquer. Si nous ne nous trompons, c'est celle qui domine aujourd'hui dans l'enseignement; elle a été adoptée par les noms les plus honorés dans la science du droit, par Demante, Ducaurroy; enfin M. Demolombe s'est prononcé en faveur de ce dernier essai de conciliation. D'un autre côté, c'est le système auquel semble se rattacher finalement la jurisprudence, qui a longtemps flotté; il est suivi par la plupart des Cours impériales, et la Cour de cassation depuis plus de dix ans n'a point varié dans l'adhésion qu'elle a donnée à cette interprétation, si bien que les arrêtistes considèrent cette solution comme étant devenue un point constant[1].

178. Cette opinion voit encore dans l'article 694 une hypothèse spéciale, exempte du joug de l'article 692. Ce qui particularise ladite hypothèse, c'est la circonstance que le prétendant à la servitude serait à même d'exhiber le contrat par lequel a été opérée la séparation des héritages, contrat ne contenant aucune convention relative à la servitude, soit pour l'autoriser, soit pour la condamner. Grâce à la possession du titre, qui est reconnu muet à cet égard, la position devient, dit-on, meilleure: l'apparence est alors seule exigée, et la discontinuité reste indifférente. Ce n'est qu'à défaut de la représentation du titre séparatif que l'article 692 exerce véritablement son empire; ici la double condition d'apparence et de continuité serait indispensable.

[1] M. Dalloz, année 1867, partie 1re, p. 252, dans ses notes sur un arrêt en date du 1er juillet dernier, s'exprime ainsi : « Après de longues controverses, « c'est un point aujourd'hui constant en jurisprudence, que le mode d'ac- « quisition écrit en l'article 694 s'applique à toutes les servitudes appa- « rentes, continues ou discontinues. »

179. Dans ce système, on est obligé de reconnaître[1], ce qui nous a toujours paru assez clair, que l'article 694 rentre dans le domaine de la destination du père de famille. Seulement ce mode de constitution des servitudes aurait été organisé à deux degrés; il serait doué de plus ou moins d'énergie, selon les cas. Nous posséderions ainsi deux sortes de destination du père de famille, l'une qui fonctionnerait sans qu'il fût besoin d'exhiber l'acte qui a consommé la division des héritages, l'autre ne pouvant au contraire se passer de cet élément. Il n'en est pas moins vrai que, pour l'établissement de la servitude, l'existence de signes apparents au moment de l'aliénation est chose suffisante; on doit induire alors du silence observé par les parties la volonté de maintenir l'état des lieux, abstraction faite de la continuité. En réalité, l'intention de créer la servitude est sous-entendue, par cela seul qu'il y a apparence : sur ce point capital la continuité est superflue; elle ne jouerait son rôle que pour mettre la certitude d'intention au-dessus de tout doute; elle influerait uniquement sur la preuve à faire.

180. Si telle avait été la pensée de notre législateur, son attention n'aurait-elle pas dû se porter d'abord sur le cas où les titres sont représentés? Dans un pays où depuis des siècles est en vigueur la prohibition de la preuve testimoniale, dès qu'il s'agit d'un intérêt d'une faible importance, l'usage général est que les aliénations d'immeubles s'accompagnent d'actes écrits. C'était en vue de cette hypothèse, la plus fréquente assurément, que devait être posée la règle, quant aux effets de la destination du père de famille. Tout au contraire, le législateur serait parti de cette idée que les titres feraient habituellement défaut; et, dans cette prévision, il aurait exigé en principe, pour la conservation du *statu quo*, la réunion de l'apparence et

[1] M. Demolombe, t. II, n° 821, fait cet aveu; mais vous lirez dans divers arrêts que l'article 694 forme un cas spécial, *en dehors* de la destination du père de famille. Il est vrai qu'on omet de dire ce qui manque pour cette destination : c'est ce qu'il nous est impossible de découvrir, du moment où l'on tient pour indifférent que l'arrangement des lieux ait été *créé* ou simplement *conservé* par le propriétaire commun. La représentation du titre, de l'*instrumentum*, à laquelle cette opinion attache tant d'importance, loin de contredire la destination du père de famille, ne fait que la corroborer, en établissant péremptoirement qu'aucune convention n'est intervenue pour modifier cette destination.

de la continuité. Néanmoins, aurait-il ajouté, si par hasard, il arrivait que les titres existassent, et qu'ils fussent muets, dans ce cas on doit se contenter de l'apparence.

181. Examinons maintenant ce qui s'est passé. Voilà plus de soixante ans que le Code civil a été promulgué, et qu'on dispute sur le véritable système qu'il a entendu consacrer en cette matière. Parcourez toutes les espèces qui ont retenti devant les tribunaux, et elles sont nombreuses, vous verrez que les titres n'ont jamais manqué. La prétendue exception a donc usurpé la place de la règle. On peut dire que, chez nous, dans la pratique des affaires, l'apparence est le seul élément décisif pour la constitution tacite de la servitude. Quant à l'article 692, dans le système qui prévaut, il serait resté jusqu'à présent bien inutile. En théorie, cependant, on le conçoit comme susceptible de sortir de l'inertie à laquelle les faits semblent l'avoir condamné. Attendons une occasion qui lui fournisse le moyen d'entrer en jeu; peut-être, dans l'avenir, une espèce se rencontrera-t-elle qui permettra d'en faire l'application.

182. Nous voulons cependant aller au-devant de cet événement. Plaçons-nous en présence de la situation nécessaire, prétend-on, pour qu'il y ait lieu de faire un appel à l'article 692. Des immeubles, qui furent réunis dans la même main, ont été divisés, sans que des écrits aient été dressés; ou plutôt on s'est contenté d'actes sous seing privé, dont la confection est constatée au moyen de leur enregistrement; mais ces actes ont été égarés, ils ne peuvent être produits. Nous sommes bien alors dans le domaine que l'on consent à laisser à l'article 692 : c'est ici qu'apparaît l'importance de la continuité. S'agit-il d'une servitude continue, la perte du titre est inoffensive; il faut présumer qu'il n'y a pas eu de convention dans le but de modifier la disposition des immeubles. Mais si la servitude, toujours apparente, est en même temps discontinue, la présomption va changer; on doit incliner à supposer une convention d'après laquelle l'état des choses aurait été modifié. Bizarre distinction dans une législation, qui, en retournant les maximes suivies dans la coutume de Paris, a voulu que le maintien du *statu quo* fût sous-entendu, que dès lors l'*innovation* fût l'objet d'une convention *expresse*. Sans doute, il y a une différence entre le cas où les titres sont produits et celui où ils ne le sont pas. Dans le premier cas, on a la certi-

tude de l'absence d'une convention formelle, certitude qui n'existe point rigoureusement dans l'autre cas. S'est-on expliqué, ne l'a-t-on point fait, nous l'ignorons quand les écrits ont disparu. En faveur de qui doit pencher alors la balance? Le bon sens répond que la charge de la preuve incombe à celui dont la prétention, pour être fondée, exigeait une convention expresse, non à celui qui pouvait se contenter d'une convention tacite. Or, dans l'article 694, entendu comme le veulent les partisans de la troisième opinion, l'existence de travaux apparents suffit pour entraîner constitution implicite de la servitude. — Il y a d'ailleurs une circonstance très-grave, qui indique où est la vraisemblance, et qui permet de reconstituer le titre perdu. C'est la possession, c'est le maintien de l'état des lieux. A défaut d'écrits, les choses, comme on l'a dit, parlent d'elles-mêmes; il y a un titre muet dans la disposition des immeubles. Nous supposons qu'en fait les signes de la servitude ont subsisté, et que la servitude a été exercée. Dans cette situation, il devient fort peu probable que le propriétaire, qui souffre de cet état, ait eu depuis la séparation des héritages le droit de s'y opposer, que ce droit lui ait été reconnu par une convention expresse, et qu'il ait négligé de se procurer en réalité l'affranchissement stipulé.

183. On nous accusera peut-être d'inconséquence; car nous faisons le procès à l'article 692 où la condition de continuité est écrite, et néanmoins nous avons exprimé l'idée que cet article gouvernait toute la matière de la destination du père de famille.—Il nous sera facile de nous disculper. On sait déjà que nous ne sommes point le champion de l'opportunité de la division des servitudes en continues et discontinues. Nous l'avons jugée mauvaise au sujet de la prescription, et nous ne pensons pas qu'elle doive avoir de l'influence en ce qui concerne la destination du père de famille. Au point de vue de la saine théorie, nous partageons complétement la doctrine qui exclut pour l'application de l'article 694 la condition de continuité, et nous approuvons la jurisprudence qui s'est prononcée en faveur de cette doctrine. Ce que nous blâmons, c'est la distinction établie entre le cas où le titre manque et celui où il est produit. Nous estimons que, étant admis ce point de départ que l'apparence suffit pour emporter tacitement

constitution de la servitude, il y a défaut de logique à ne pas interpréter la probabilité des conventions non représentées dans le sens du maintien d'un état de choses, qui de plus n'a pas varié postérieurement à la séparation. Sans doute, la réserve de l'article 692 pour cette hypothèse unique, vu la rareté de ladite hypothèse, n'offre pas en pratique de grands inconvénients. Mais il n'en résulte pas moins un manque d'harmonie dans l'ensemble des règles du Code. — Quant au législateur, nous ne lui imputons pas d'avoir conçu et prémédité ce système de deux destinations du père de famille, l'une plus sévère, l'autre plus indulgente. Nous sommes convaincu qu'il avait entendu établir un système unique, d'après lequel ce mode d'établissement, de même que la prescription, ne devait s'appliquer qu'aux servitudes à la fois continues et apparentes [1]. Quand il a écrit l'article 694, il n'a pas songé à modifier la règle qu'il venait de poser; il a voulu seulement mettre en relief l'efficacité de la destination du père de famille, pour le cas où la question se présente habituellement, là où le titre ne s'explique pas ; il n'a eu d'autre intention que celle de faire prévaloir la présomption rejetée par les coutumes de Paris et d'Orléans.

184. On sait que l'omission du mot *continue* dans l'article 694 a permis d'édifier dans la pratique des affaires une destination du père de famille indépendante de la condition de continuité, système consacré par de nombreux arrêts [2]. Faut-il maintenant, pour restituer au Code sa véritable physionomie, essayer de remonter le courant de la jurisprudence? L'entreprise serait ardue, et le triomphe ne serait obtenu qu'à la suite de bien des procès. Une longue expérience a prouvé que les servitudes sont des avantages que les propriétaires tiennent à conserver, ou des charges dont ils cherchent à se débarrasser à tout prix, et qu'ils ne reculent pas devant des frais considérables pour atteindre ce résultat. La résistance serait opiniâtre, s'il était question de condamner à disparaître toutes

[1] Il est à croire que les rédacteurs du Code ont pris pour guides les auteurs qui avaient interprété la portée de la destination du père de famille pour les pays de coutume où elle n'était pas subordonnée à une déclaration écrite. Le dernier de ces auteurs, Lalaure, ne se contentait pas de signes apparents, il voulait encore (p. 247 de son *Traité*) qu'il s'agit d'une servitude *qui aurait une cause continuelle et permanente.*

[2] V. n° 141.

les servitudes discontinues qui s'exercent aujourd'hui comme tacitement constituées à raison du silence gardé au moment de la séparation des immeubles précédemment réunis dans la même main. Nous n'hésiterions pas cependant à combattre la doctrine devenue dominante, si nous étions persuadé que l'élément de la continuité doit rationnellement jouer un rôle dans l'établissement des servitudes par la destination du père de famille. Mais, notre opinion étant contraire, nous pensons qu'il y a lieu de se féliciter de ce que, grâce à l'article 694, on a pu se débarrasser en cette matière de la condition de continuité. Nous désirons, en outre, que la proscription de la continuité devienne complète, et que l'article 692 reste à l'état de lettre morte, même pour le cas où le titre séparatif des héritages ne pourrait être représenté. Nous terminerons cette partie de notre sujet, en examinant le point de savoir s'il est bon d'attacher quelque importance au défaut de continuité.

185. Quelle est la base du mode de constitution des servitudes qualifié destination du père de famille? Le judicieux Pothier l'a indiquée en deux mots dans ses observations sur la coutume d'Orléans : *Les immeubles aliénés sont censés l'avoir été en l'état qu'ils se trouvaient.* Cette présomption n'est fondée sans doute qu'autant que cet état se révèle par des signes extérieurs, de nature à fixer l'attention des parties intéressées. Par là se justifie très-bien la condition d'apparence. Mais que vient faire ici la continuité? Une servitude discontinue, annoncée par des travaux permanents et visibles, n'est-elle pas constitutive de l'état actuel des immeubles, ne concourt-elle pas à former cet état? La maison vendue déversait d'une façon ostensible ses eaux *ménagères* sur le terrain conservé par le vendeur; elle était alimentée d'eau par un puits auquel donnait accès une porte pratiquée dans le mur d'une cour dépendant d'une maison retenue par le vendeur. L'exploitation de l'héritage aliéné était facilitée par un passage exercé sur l'héritage voisin appartenant à l'aliénateur, passage dont les traces étaient bien marquées, et pour l'usage duquel tels ou tels travaux avaient été exécutés. Voilà autant de servitudes discontinues [1], dont le sort dépendra, en cas d'absence de

[1] Il y a controverse sur le point de savoir si la servitude d'évier ou [illegible]

convention formelle, de la solution donnée à cette question : l'efficacité de la destination du père de famille est-elle ou non subordonnée à la continuité de la servitude?

186. La règle d'après laquelle les servitudes apparentes suivent tacitement l'immeuble, sans distinction de la continuité ou discontinuité, a été consacrée par le législateur à l'occasion de l'appréciation de la garantie due en matière de vente. Aux termes de l'article 1638, l'acheteur doit supporter toutes les servitudes *apparentes*, sans qu'il soit besoin d'en faire la déclaration. Serait-il possible d'user ici de la distinction à l'aide de laquelle on a voulu concilier les articles 692 et 694? Dira-t-on que l'acheteur subira sans indemnité les servitudes même discontinues pour le cas où le contrat de vente serait produit, tandis que, si la vente était verbale, ou que l'acte sous seing privé fût égaré, l'acheteur pourrait exiger des dommages intérêts? Pour les obtenir, il raisonnerait de la sorte : il n'est pas prouvé, dirait-il, faute de la représentation d'une convention écrite, qu'il n'y a eu au moment de la vente aucune déclaration relative à des servitudes apparentes, mais discontinues; donc, je suis censé ne m'être pas soumis à les supporter. Point de doute qu'une pareille prétention serait repoussée. C'est cependant là le système qu'on trouve au fond de la troisième opinion, alors que la servitude apparente et discontinue doit mettre l'acquéreur en rapport avec son auteur. Il nous est impossible d'apercevoir une bonne raison de différence entre les deux hypothèses. Le propriétaire qui met hors de ses mains l'un de ses immeubles, prend à l'instant

gout des eaux ménagères, est discontinue. Nous en avons parlé précédemment n° 118, et nous avons dit qu'il nous paraissait difficile de faire concorder cette servitude avec les éléments requis pour la continuité, suivant la définition légale de ce caractère. C'est en ce sens, en effet, que s'est prononcée la Cour de cassation, notamment par un arrêt du 19 juin 1865. — Quant au droit de passage, plusieurs arrêts de la même Cour ont décidé que, si le passage s'annonçait par des signes apparents, la servitude se trouvait tacitement constituée, par application de l'article 694, en cas de silence du titre séparatif, même abstraction faite de la condition d'enclave. Cette dernière circonstance n'est pas indifférente; il a été jugé maintes fois avec raison que l'acquéreur d'un fonds, dont l'enclave n'est pas antérieure à l'aliénation, pouvait exiger un passage sur les terrains dépendant du même patrimoine que la parcelle aliénée, et joignant celle-ci à la voie publique. C'est un exemple de constitution tacite pour une servitude discontinue, qui serait aussi non apparente.

même, à raison de cet immeuble, la qualité d'un étranger; les rapports de fait établis pour l'amélioration de l'héritage retenu sur l'héritage aliéné, ou *vice versâ*, acquièrent aussitôt le caractère de servitudes, et doivent être traités comme les servitudes existant antérieurement au profit d'un voisin.

187. Rappelons-nous le sens que notre législateur, à tort ou à raison, attache au caractère de discontinuité dans les servitudes; elle est, à ses yeux, le signe de la précarité, ainsi que nous l'avons établi précédemment. Que cette interprétation soit bonne ou mauvaise en général, il est clair qu'elle doit être mise de côté, quand il s'agit d'actes exercés par le propriétaire sur l'un de ses héritages au profit d'un autre. L'origine de l'état de choses ainsi créé ne peut tenir ici à l'esprit de tolérance d'un voisin, qui n'existe pas. Les travaux exécutés pour organiser le rapport de fait, qui plus tard se transforme en servitude, ces travaux ont été accomplis *animo domini*, dans la pensée d'améliorer la condition de tel immeuble de la part de celui qui devait avoir souci de réaliser des améliorations. Tout au plus y aurait-il lieu d'examiner s'il ne s'agissait que d'un arrangement transitoire, *non perpetui usus causa*, suivant les expressions de Dumoulin. Mais c'est là une question de fait, dépendant des circonstances de chaque affaire, dont l'appréciation doit être laissée à la sagacité des tribunaux.

188. Enfin, si l'on se pénètre bien de l'esprit qui a fait admettre ce mode de constitution des servitudes, on répondra facilement à une objection proposée contre le système auquel nous nous rangeons par notre collègue et ami, M. Villequez, dans un remarquable travail qu'il a publié sur le conflit des articles 692 et 694 [1]. L'auteur a parfaitement établi la subordination, qui, dans la pensée des rédacteurs du Code, devait exister pour l'article 694, par rapport à l'article 692, dont il n'était qu'un développement; seulement il estime que cette subordination doit être maintenue. Nous différons de sentiment sur un point avec notre honorable collègue, et nous croyons que la *causa utilitatis* est préférable à l'honneur des règles de l'herméneutique. Nous ne reviendrons pas sur l'équivoque, qui, d'après M. Villequez, pèse fatalement sur toute servitude

[1] V. *Revue historique*, t. V, p. 197 et suiv.

discontinue, malgré son apparence; nous nous sommes déjà expliqué là-dessus. Nous nous attacherons uniquement à un argument présenté par le savant professeur de Dijon pour faire prévaloir la doctrine qu'il défend. Il s'appuie sur cette idée que, pour l'établissement d'une servitude discontinue, l'existence d'un titre est absolument nécessaire, aux termes de l'article 691. Telle est effectivement l'exigence de notre droit; mais précisément le titre ne fait pas défaut, toutes les fois qu'il y a destination du père de famille. Ce qui manque au titre, c'est une forme extrinsèque; la convention est sous-entendue, ce qui ne l'empêche pas d'exister. Comme le fait observer très-justement M. Demolombe, l'induction tirée par le législateur du silence qu'ont gardé les parties vaut titre, c'est-à-dire vaut convention expresse; et il rappelle à ce sujet le vieil adage : *eadem vis taciti atque expressi.*

189 *De l'extinction des servitudes.* — Il nous reste à examiner l'influence exercée par le caractère de la servitude au point de vue de la manière dont le droit peut s'éteindre. On se rappelle qu'à cet égard la législation romaine tenait compte de la qualité offerte par la servitude, et que la distinction entre l'effet du simple non-usage et l'usucapion de la liberté de la part du propriétaire du fonds servant reposait généralement sur la division des servitudes en rustiques ou urbaines. Nous avons eu occasion de rechercher si les motifs qui servaient de base à la différence admise quant au mode d'extinction étaient bien en harmonie avec l'idée qui avait présidé à cette division des servitudes, et nous avons cru devoir aboutir à cette conclusion qu'il n'y avait pas correspondance exacte entre les deux catégories de servitudes et le double règlement à suivre pour apprécier l'anéantissement du droit. Il nous a semblé qu'il y avait des cas où le simple non-usage n'était point suffisant relativement à une servitude rustique, de même qu'on ne pouvait pas dire que l'usucapion de la liberté fût absolument exigée pour toute servitude urbaine.

190. Nous retrouvons dans le droit moderne des dispositions analogues à la distinction consacrée par le droit romain. Après avoir décidé d'une façon générale, dans l'article 706, que les servitudes s'éteindraient par le non-usage pendant

trente ans, les rédacteurs du Code civil modifient immédiatement cette règle dans l'article suivant, en disant que le point de départ des trente ans sera le jour où l'on a cessé de jouir de la servitude, quand celle-ci est discontinue, tandis que les trente ans ne devront commencer à courir, s'il s'agit d'une servitude continue, que du moment où il aura été fait un acte contraire à la servitude. Cette différence a incontestablement une origine romaine; elle s'était déjà fait jour dans l'ancienne jurisprudence, grâce aux commentateurs, qui avaient emprunté aux fragments du Digeste une distinction étrangère au texte même des coutumes. Celles-ci se contentaient de dire que la liberté de l'héritage pouvait se réacquérir, et le terme de la prescription extinctive était presque partout fixé à trente ans, sans qu'il y eût détermination d'une date différente, suivant les cas, pour le commencement de la prescription. Mais les auteurs qui interprétaient les coutumes avaient introduit dans la pratique du droit français la distinction fournie par les lois romaines. Ils l'appliquaient, du reste, en se conformant rigoureusement à la source où ils avaient puisé cette distinction. Suivant Pothier [1], suivant Lalaure [2], il fallait séparer à ce sujet les servitudes rustiques des servitudes urbaines. D'un autre côté, l'antithèse était établie, de même qu'à Rome, entre le simple non-usage et l'usucapion proprement dite de la liberté de l'héritage servant: aussi les exemples cités pour faire comprendre la chose étaient-ils ceux qu'on trouve dans la loi 6, D., *De serv. præd. urb.*, que nous avons précédemment rapportée [3].

191. Il est bon de faire remarquer que, pour justifier la distinction, on invoquait la diversité de physionomie que peuvent offrir les servitudes, sans faire intervenir précisément la division en rustiques ou urbaines. Domat [4] s'exprimait ainsi : « *Les* « *servitudes qui consistent en quelque action de la part de ceux* « *à qui elles sont dues... se prescrivent par la cessation de l'usage* « *de la servitude... mais*, ajoutait-il, *les servitudes qui ne con-* « *sistent qu'à fixer un état des lieux... ne se prescrivent jamais*

[1] *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, nos 18 et 19.

[2] Liv. I, ch. XII, p. 62 et suiv.

[3] V. n° 59.

[4] *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 6.

« *que par un changement de l'état des lieux qui anéantisse la* « *servitude, et qui dure un temps suffisant pour prescrire.* » De même Lalaure[1] écrivait « *qu'il faut faire une différence* « *entre les servitudes qui consistent à ne point changer l'état des* « *lieux, d'avec celles qui consistent seulement dans quelques* « *actions de la part de ceux à qui elles sont dues.* » On retrouve dans ces explications la triple catégorie de servitudes que nous avons mise en relief, lorsque nous avons traité la matière en droit romain. Pour les servitudes dites *in faciendo*, dès l'instant où elles cessent d'être exercées, l'état de liberté se produit immédiatement. Quand il s'agit, au contraire, des servitudes qualifiées *in prohibendo* ou *in habendo*, l'état de liberté n'apparaît qu'autant que l'arrangement des lieux imposé par la servitude aura été préalablement détruit.

192. Aujourd'hui il ne s'agit plus, pour régler le point de départ de la prescription extinctive, de rechercher si la servitude est rurale ou urbaine, cette division étant, nous le savons, dépourvue de tout intérêt. Cependant il faut toujours, aux termes de notre Code, tantôt se contenter du simple non-usage, tantôt tenir pour indifférent un défaut de jouissance, quelque prolongé qu'il soit, s'il ne s'est pas produit préalablement quelque acte contraire à la servitude. Seulement nous voyons ici figurer encore la distinction qui joue un rôle si important quant à la constitution des servitudes, c'est-à-dire la discontinuité ou la continuité. On a transporté à la servitude discontinue ce qui était appliqué autrefois à la servitude rurale, tandis que la servitude continue a remplacé dans cette fonction la servitude urbaine. Cette substitution, fait-on observer, ne change d'ailleurs presque rien à l'ancienne doctrine, du moment où l'on admet qu'il existe, à peu de chose près, identité entre les servitudes rustiques du droit romain et nos servitudes discontinues, de même qu'entre les servitudes urbaines des Romains et celles qui sont qualifiées continues dans notre législation.

193. Nous ne voulons pas rouvrir la discussion sur l'appréciation de la qualité rustique ou urbaine dans les servitudes non plus que sur la détermination rigoureuse du caractère de discontinuité ou de continuité. Nous pensons, en effet, que le

[1] Page 65.

maintien de la distinction empruntée aux Romains, en ce qui concerne l'extinction des servitudes, n'est plus en harmonie avec l'extension qu'a prise dans notre droit la durée de la prescription abolitive des servitudes. Que l'on entende comme on voudra la discontinuité et la continuité, que l'on confonde ou non cette double qualité avec celle de rusticité ou d'urbanité, notre opinion est qu'il *n'y* a aucune utilité pratique, et qu'il y a au contraire des inconvénients à tolérer que, en dépit d'un non-usage qui s'est prolongé pendant trente ans, une servitude quelconque puisse être déclarée encore subsistante. Nous aurons du reste à constater que notre législateur a obéi à cette idée qu'il est sage de tenir pour anéantie toute servitude condamnée à l'inertie depuis trente ans au moins, que ce système se trouve implicitement consacré dans tel texte du Code, et que les auteurs ont bien de la peine à concilier ce texte avec la règle qui permet quelquefois à une servitude de survivre à trente ans de non-usage, grâce au défaut de ce qu'on appelle un acte contraire.

194. En remontant à l'origine de la distinction qui s'est perpétuée jusqu'à nos jours, nous trouvons une législation dans laquelle l'usucapion fonctionnait sous un délai très-bref, celui de deux ans, relativement aux immeubles. On conçoit que, sous un pareil régime, quand la perte d'une servitude était possible par le laps d'un simple *biennium*, il y avait une grande importance à calculer de telle ou telle manière le point de départ du *biennium* fatal. Nous avons expliqué précédemment (V. n°s 62 et suiv.) comment, au fond des choses, il s'agissait toujours de sanctionner pour l'avenir d'une façon irrévocable un état de liberté qui avait duré un temps suffisant. Là où la servitude consiste *in faciendo*, en quelque action, comme disait Domat, de la part de celui à qui elle est due, l'affranchissement n'exige autre chose que la cessation de cette action ; il commence après le dernier fait d'exercice, qui n'a pas été renouvelé. Mais si la servitude consiste en un certain état des lieux, soit que le propriétaire du fonds grevé doive s'abstenir de tel ou tel acte (*servitus in prohibendo*), soit que la servitude se révèle par des signes visibles, et modifie à l'aide de travaux la physionomie extérieure des héritages mis en rapport entre eux (*servitus in habendo*), la liberté ne se

peut réacquérir qu'autant que l'état de choses, négatif ou positif, imposé par la servitude, aura été préalablement détruit.

195. Bien que l'on puisse rattacher à une idée commune les deux procédés d'extinction des servitudes *tempore*, cependant les jurisconsultes romains séparèrent profondément ce qui fut appelé *non usus* de ce qui constituait l'*usucapio libertatis*, et peut-être est-il permis de trouver un peu exorbitantes les conditions de possession de la liberté, sans lesquelles l'usucapion ne pouvait s'accomplir. Nous rappellerons ici l'hypothèse prévue dans la loi 32, § 1, D., *De serv. præd. urb.*, dont nous avons déjà parlé[1]. On suppose que le propriétaire d'un fonds grevé de la servitude *altius non tollendi* a élevé des constructions par suite desquelles la voie est ouverte à l'usucapion, mais qu'avant l'expiration du *statutum tempus* l'auteur de ces travaux a perdu la possession de l'héritage servant. Malgré la permanence des constructions d'où ressort une infraction continue à la servitude, il y a interruption de l'usucapion ; et quand un nouveau possesseur existera, la libération ne sera possible entre ses mains qu'autant que cette nouvelle possession aura fourni une carrière égale au cours entier du temps de l'usucapion. On n'a pas oublié les exemples donnés dans la loi 6, *eod. tit.*, pour faire comprendre les exigences de l'*usucapio libertatis*. Vainement celui qui jouit du *jus tigni immittendi* aurait-il retiré sa poutre, ce qui constitue le non-usage de la servitude; l'usucapion ne saurait commencer, attendu qu'il ne s'est pas produit *aliquid novi* de la part du propriétaire du fonds servant. Il aurait fallu que ce dernier se mît en mouvement pour ressaisir la liberté de son héritage, qu'il fermât le trou dans lequel reposait la poutre; sinon, la servitude se maintient. De même, est-il dit, si un fonds est grevé de la servitude de ne pas nuire aux vues du voisin, il est indifférent que ce voisin se comporte de manière à ne tirer aucun parti de son droit, qu'il ait tenu ses fenêtres bouchées *per statutum tempus*. Il n'y a pas là les éléments de l'*usucapio libertatis*, laquelle ne peut provenir que du fait même du propriétaire de l'héritage asservi. La liberté ne peut être reconquise, si l'intéressé reste dans l'inaction; il doit se livrer à des entreprises qui contrarient la servitude,

[1] V. n° 69, note 1.

élever dans ce but des constructions qui interceptent la vue à laquelle le voisin avait droit.

196. Les choses étaient bien plus simples, quand il ne s'agissait que du non-usage. Une fois deux années écoulées sans qu'il y eût eu quelque acte d'exercice de la servitude, celle-ci se trouvait perdue; et nous avons vu (n° 57) comment, suivant la loi 19, § 1, D., *Quemad. serv. amitt.*, on ne tenait pas compte de l'ignorance où pouvait être de son droit le titulaire, si bien que le légataire d'une *via*, qui postérieurement à l'adition d'hérédité serait resté *per constitutum tempus* sans user de la *via*, parce qu'il n'était pas instruit du legs, n'aurait pas échappé à la déchéance résultant de cette inaction. Il y avait cependant des hypothèses où la déchéance aurait constitué une injustice criante, attendu qu'il n'y avait aucune négligence à imputer au propriétaire du fonds dominant, lequel n'avait pu jouir de la servitude à raison d'obstacles dus à une force majeure, par suite de l'état même des lieux. Ainsi la source qui alimentait un aqueduc est venue à se tarir, et ce n'est qu'au bout de plus de deux ans que l'eau jaillit de nouveau. A Rome, les inconvénients de la brièveté du temps de l'usucapion étaient compensés par la facilité avec laquelle était accordée une *restitutio* à ceux qui avaient souffert de l'accomplissement d'une usucapion, pour peu qu'il y eût quelque motif de leur venir en aide. On sait notamment qu'en cette matière l'absence était volontiers prise en considération, et qu'elle fournissait une *causa restitutionis*, non-seulement quand elle était nécessaire, mais par cela seul qu'on pouvait invoquer une raison plausible. Dans notre espèce, rien de mieux fondé que la réclamation contre la déchéance encourue par le non-usage. Aussi Paul, loi 35, D., *De serv. præd. rust.*, nous apprend-il qu'un rescrit impérial avait décidé qu'en pareil cas il y avait lieu à restituer la servitude : ce rescrit, émané de César, et attesté par Atilicinus, est attribué par Cujas[1] à Auguste. Une situation analogue est prévue par Javolénus, dans la loi 14, pr. D., *Quemad. serv. amitt.*; si le sol grevé d'un droit passage est resté plus de deux années envahi par les eaux, de sorte que la persistance de l'inondation n'ait pas permis de passer pendant le temps qui suffit à l'extinc-

1 Lib. VII, *Quæst. Papin.* ad L. 34, § 1, D., *De serv. præd. rust.*

tion de la servitude par le non-usage, le propriétaire du fonds qui était assujetti est obligé de reconstituer la servitude (*renovare eam cogendus est*).

197. Sous Justinien, la substitution d'un délai de dix ou vingt ans à l'ancien délai de deux ans avait considérablement diminué les chances d'extinction par le non-usage. Aujourd'hui la longévité accordée à la servitude, bien qu'elle reste à l'état de sommeil, est encore bien plus tenace; la servitude, en effet, ne doit périr d'inertie qu'au bout d'une période de trente ans, ce qui, du reste, était la règle déjà généralement suivie en pays coutumiers. Ajoutons qu'il ne s'agit pas ici d'un délai préfix, mais bien d'une application à cette matière de la plus longue prescription de notre droit; car notre législateur a pris soin de réserver expressément (art. 710) le jeu de l'une des causes de suspension de la prescription. On peut affirmer dès lors qu'il arrivera assez rarement que trente ans de non-usage suffisent à éteindre une servitude, ce résultat ne pouvant se produire qu'autant que le fonds dominant sera resté pendant trente ans consécutifs entre les mains d'un propriétaire majeur. Assurément l'hypothèse contraire sera la plus fréquente, et, par suite, le délai de l'extinction par le non-usage devra être ordinairement allongé, trop souvent dans de larges proportions, puisqu'il faudra faire abstraction de tout le temps qui se sera écoulé tandis qu'un seul des propriétaires était en minorité.

198. N'est-ce pas faire la part assez belle pour rendre cette prescription peu menaçante? Après une si complète expérience de l'inutilité de la servitude, n'est-il pas juste de présumer que le rapport d'asservissement anciennement créé a dû être réformé par l'accord des propriétaires, bien que les preuves de cette réforme aient disparu? Cependant tout n'est pas fini à la suite d'un non-usage si persévérant, dont la durée dépassera habituellement trente années. Que la servitude dont le sort est en question ait le droit d'être comptée au nombre de celles qui sont qualifiés continues, la liberté de l'héritage qui a été une fois assujetti ne sera pas encore reconquise; il faudra, en outre, qu'au laps de temps si généreusement mesuré vienne s'adjoindre la circonstance qu'il aura été fait un acte contraire à la servitude, condition déclarée indispensable pour ouvrir le cours de la

prescription. C'est du droit romain que nous vient cette exigence ; mais, si elle peut se comprendre à une époque où l'on se contentait d'un délai de deux ans, est-il nécessaire aujourd'hui, quand il sera constant que trente ans au minimum se sont écoulés sans qu'il y ait eu aucune jouissance exercée, de sauver quelquefois une servitude si longtemps oubliée? N'est-il pas à craindre que la négligence à supprimer les vestiges d'un état de choses qui sans doute a été régulièrement condamné, ne permette de revenir sur des faits accomplis et de ressusciter un droit qui avait légitimement péri?

199. Notons d'abord que, si notre législateur veut quelquefois un acte contraire à la servitude, il n'est pas allé jusqu'à exiger ce que les Romains appelaient *usucapio libertatis*, c'est-à-dire un état de possession de la liberté dû exclusivement à l'initiative du propriétaire du fonds servant, état de possession qui ne tolérerait aucune interruption. Personne ne proposerait assurément de suivre encore de nos jours la doctrine énoncée à la loi 32, § 1, *De servit. præd. urb.*, et tout le monde admettra qu'à la suite de constructions élevées par le possesseur d'un héritage grevé de la servitude de ne pas bâtir, la voie étant ouverte à l'affranchissement, celui-ci sera obtenu dès que les constructions auront subsisté pendant trente ans, quand bien même le fonds assujetti serait resté une année entière sans être possédé. Peu importe également, d'après l'opinion aujourd'hui dominante, et conforme d'ailleurs au texte de l'article 707, que l'acte contraire émane du propriétaire du fonds servant ou du propriétaire du fonds dominant. On s'accorde à réprouver comme n'étant plus applicables les décisions contenues dans la loi 6, D., *eod. tit.*, d'après lesquelles il serait indifférent que le propriétaire du fonds dominant eût tenu *per statutum tempus* ses fenêtres bouchées ou sa poutre non appuyée sur le mur servant, attendu que le propriétaire du fonds assujetti n'aurait rien fait pour ressaisir la liberté de son héritage. Bien que ces décisions fussent acceptées par les anciens auteurs, elles n'ont rencontré, sous l'empire du Code, que bien peu de suffrages, et l'on peut considérer comme certain qu'il n'est plus question maintenant des exigences qui s'expliquaient autrefois par le caractère de l'*usucapio libertatis*. Nous trouvons là une première preuve de la vérité de cette thèse que l'idée nouvelle sur laquelle repose actuellement l'ex-

tinction des servitudes *tempore*, c'est en réalité l'efficacité du non-usage, et non pas la vertu de l'usucapion[1].

200. La puissance du non-usage, opérant par lui seul, indépendamment de tout acte contraire à la servitude, apparaît encore dans la solution habituellement donnée à la question que soulève le sort réservé à une servitude dans l'hypothèse où postérieurement à sa constitution elle serait restée sans être mise à profit pendant trente ans. Les auteurs sont unanimes[2], et la jurisprudence s'est prononcée dans le même sens, pour décider qu'il n'y avait pas lieu de s'inquiéter alors de la nature de la servitude, et que le caractère de continuité ne ferait pas obstacle ici à la perte du droit. Ainsi celui qui aurait acquis pour son héritage la faculté d'ouvrir des vues sur l'héritage contigu au sien, mais qui durant trente années n'aurait pas usé de cette faculté, encourrait inévitablement une déchéance, qui ne serait pas conjurée par la continuité de la servitude. Cependant, d'après les principes de notre législation, le droit réel est créé en vertu de la convention seule, sans qu'une prise de possession soit nécessaire. Il est vrai que, depuis la loi du 23 mars 1855, la transcription de l'acte constitutif de la servitude est exigée afin que cette charge soit opposable à ceux qui acquerraient des droits réels sur

[1] Nous estimons cependant qu'il ne faut pas proscrire absolument dans notre droit l'existence d'une usucapion proprement dite, dont l'effet serait d'anéantir une servitude. Nous voulons faire allusion au cas où l'acquéreur d'un fonds grevé de quelque servitude invoquerait la prescription de dix ou vingt ans pour s'affranchir de cette servitude. Sans doute c'est une question controversée entre les auteurs modernes, et qui divise également les tribunaux, que celle de savoir si cette prétention serait bien fondée aujourd'hui, comme elle l'eût été dans l'ancien droit, ainsi que l'enseignait positivement Pothier. Nous n'aborderons pas la discussion de ce point; seulement, dans le système de l'affirmative, que nous regardons comme très-acceptable, il faudrait reconnaître que le simple défaut d'usage de la part du propriétaire du fonds dominant resterait sans valeur, et que l'acquéreur devrait en pareil cas avoir fait ce qui est nécessaire pour être autorisé à dire qu'il y a eu de sa part usucapion. Ainsi le non-exercice d'un droit de passage pendant dix ou vingt ans serait insignifiant; mais si l'acquéreur a fait des ouvrages pour intercepter le passage, et qu'ayant par suite constitué la liberté de son fonds il en ait joui dans cet état pendant le temps voulu, on pourra soutenir qu'une prescription acquisitive s'est réalisée à son profit.

[2] V. M. Demolombe, t. II, n° 972.

l'immeuble grevé d'une servitude ; mais l'accomplissement de cette formalité n'empêcherait pas assurément l'extinction d'une servitude qui ne se serait manifestée par aucun acte d'exécution dans les trente ans qui ont suivi la concession.

201. Nous sommes loin de blâmer cette solution. Quant à ses motifs, il ne faut pas les chercher dans une distinction qu'on proposerait entre la servitude proprement dite, laquelle n'existerait qu'au moyen de travaux effectués, et la faculté de faire ces travaux ; car il est évident que la même appellation convient en droit à ces deux situations, et qu'il y a dans la première hypothèse, comme dans la seconde, une véritable servitude établie, un démembrement de la propriété. — On ne réussirait pas également à rendre compte de cette décision en alléguant l'impossibilité de faire un acte contraire à la servitude, tant qu'elle n'aurait pas pris en quelque sorte un corps matériel, et qu'elle ne serait pas traduite en ouvrages extérieurs. D'une part, en effet, la circonstance que la condition dont dépend la perte d'un droit ne saurait se réaliser n'autorise point à supprimer cette condition. D'une autre part, il est fort possible que la servitude continue, non mise en exercice, soit telle que l'on conçoive chez le propriétaire du fonds servant des entreprises qui porteraient obstacle à cette servitude; et sans doute on ne songera pas à réserver une exception en vue de pareils cas. Ainsi celui dont les bâtiments n'étaient pas à la distance où des vues droites sont praticables, a obtenu la faculté d'ouvrir des fenêtres, peut-être même un droit plus étendu, celui de prospect. Que le propriétaire du fonds asservi élève chez lui des constructions, il se procurera le moyen de contrarier la servitude dont le voisin ne tire point parti. De même, celui qui a cédé le droit de prendre l'eau jaillissant sur son fonds pour l'irrigation du fonds voisin, pourrait, en profitant de l'inaction dans laquelle resterait l'acquéreur de la servitude, disposer de l'eau négligée, de manière à lui donner une destination qui serait en opposition avec celle qui lui avait été assignée lors de l'établissement de la servitude. Nous tenons néanmoins pour certain qu'on ne devrait pas, à raison de cette possibilité d'actes contraires, laquelle n'a pas été réalisée, sauver de la péremption le droit de servitude qui n'a nullement été mis en action dans les trente ans postérieurs à sa création.

202. Ce qui est concluant pour étendre dans notre espèce à une servitude même continue la perte par le simple non-usage, c'est la considération sur laquelle s'appuie ce mode d'extinction quand il s'agit des servitudes à l'égard desquelles il fonctionne régulièrement, c'est-à-dire des servitudes qui autorisent seulement à faire tel ou tel acte sur le fonds assujetti. En vain la servitude aurait-elle été pratiquée pendant une certaine période de temps; du moment où les actes d'exercice s'arrêtent, sans être désormais renouvelés, l'état de liberté commence à la suite du dernier acte d'exercice; on trouve ici une possession de la liberté, qui se constitue d'elle-même, par cela seul qu'il y a inertie de la part du propriétaire dominant. Or la situation est la même à propos d'une servitude consistant *in habendo*, non *in faciendo*, qui permettrait d'établir tel ou tel ouvrage, de modifier de telle ou telle façon l'état des lieux, si l'ouvrage qui pouvait être fait ne l'a pas été, si la modification extérieure qu'il était permis d'apporter à la forme des immeubles n'a pas été réalisée. On peut dire que le fonds asservi n'a perdu alors la liberté qu'*en droit*, mais qu'*en fait* il reste en possession de l'état de liberté, la charge dont il est grevé n'ayant produit matériellement aucune impression sur cet immeuble. Par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il y ait *aliquid novi*, comme disaient les Romains, pour restituer au fonds la physionomie qui convient à un fonds libre, puisque cette physionomie n'a pas été altérée. Les apparences de la liberté n'ayant pas été supprimées, il ne peut être question de les rétablir, d'opérer un changement. En fait, la possession de la liberté a subsisté, et cette possession, quand elle s'est prolongée durant trente années nonobstant la création d'un droit de servitude, a la vertu d'entraîner un affranchissement absolu.

203. Si l'on suppose, au contraire, que l'acquéreur de la servitude n'est pas resté sans user de la faculté qui lui avait été concédée, que des ouvrages ont été exécutés par lui afin de mettre son droit en action, l'état de choses créé au moyen de ces travaux constitue, prétend-on, une servitude qui vit d'elle-même aussi longtemps que subsistera l'arrangement effectué. Il n'y a pas de liberté possible pour le fonds assujetti tant qu'il ne sera pas débarrassé des signes qui témoignent l'assujettissement. En partant de ces idées, on est arrivé à dire que, le

joug ayant été une fois imposé *de facto*, ce joug devait être secoué, que par conséquent un acte contraire à la servitude était indispensable pour bien marquer le commencement d'une période de liberté.

204. Il faut d'abord faire justice de l'importance exagérée que certains auteurs ont attribuée à l'existence des signes de la servitude. On a soutenu que la prétention à l'affranchissement était incompatible avec la permanence d'un vestige quelconque de l'état des lieux disposé en vue de la servitude, qu'ainsi, chez nous, comme chez les Romains, le retrait de la poutre enlevée même depuis plus de trente ans restait indifférent à défaut de cette circonstance que le trou dans lequel s'appuyait la poutre aurait été bouché. Les stigmates de la servitude, pour emprunter le langage de ces auteurs, restent empreints sur le fonds grevé, et déposent à tous les yeux qu'il n'y a pas de liberté.

205. Nous repoussons avec M. Demolombe[1] cette théorie, et comme lui nous n'admettons pas la maxime : *per signum retinetur signatum*. A nos yeux, le législateur ne tolère l'établissement des servitudes qu'à raison de l'utilité qu'elles procurent au fonds dominant. Cet élément d'utilité, par lequel se justifie la servitude, a-t-il disparu, ce qui sera bien attesté par trente ans de non-usage, la servitude est condamnée, sans que le maintien de tel ou tel signe puisse la sauver, pourvu que le non-usage soit constant. La coexistence de ces deux conditions, non-usage pendant trente ans et conservation de quelque signe de la servitude, se conçoit très-bien à l'égard d'une servitude discontinue, celle de passage, par exemple. On aura négligé de murer une porte, qui anciennement avait servi à ménager un passage abandonné depuis plus de trente ans. C'est avec raison qu'il a été jugé que l'existence de cette porte ne faisait pas obstacle à l'extinction du droit.

206. En sera-t-il de même à l'égard d'une servitude dite continue? Peut-il se faire également ici que nous rencontrions l'absence d'usage pendant trente ans, et néanmoins que les travaux par lesquels se manifeste la servitude aient continué

[1] T. II, nº 1012.

à subsister? C'est alors qu'il y aura lieu de se demander si, malgré un sommeil aussi prolongé, la servitude a survécu, par la puissance de ses signes extérieurs, grâce au défaut d'un acte contraire. Nous savons que pour expliquer cette ténacité de la servitude, qui pourrait impunément se maintenir d'une manière indéfinie à l'état de léthargie, on a proposé le cas où le propriétaire d'un bâtiment, jouissant d'un droit de vue avec fenêtres, laisserait obstinément les volets fermés. Qu'importe, a-t-on dit, que cette situation dure trente ans et même davantage? Les fenêtres sont toujours là, qui témoignent de la permanence de la servitude. Le droit de vue ne périra pas, et la prescription ne peut opérer que du moment où les fenêtres auront été bouchées.

207. Nous ne voyons pas un grand inconvénient à concéder que la vertu du non-usage devrait recevoir un échec en présence de pareils faits; seulement nous nous permettrons de traiter de chimérique une semblable hypothèse. Dans quel pays trouvera-t-on cette maison phénoménale, restant ainsi ensevelie dans les ténèbres, dont les possesseurs se refuseraient avec une persévérance aussi opiniâtre à recevoir pour leurs bâtiments le bienfait de la lumière que peuvent leur procurer les fenêtres dont ils sont munis? A entendre parler de ces choses, on se rappelle involontairement les contes de fées qui amusèrent notre enfance. Mais, en laissant de côté l'histoire de la belle au bois dormant, en revenant aux réalités sérieuses, à ce qui se passe dans le monde où nous vivons, on n'hésitera pas à répondre que ce sont là des suppositions imaginaires. Remarquons, en effet, que, pour écarter la perte du droit par le non-usage, il suffit d'un seul acte d'exercice de la servitude. Se figure-t-on un plaideur qui, pour faire consacrer judiciairement la faculté qu'il aurait acquise d'exiger la suppression des fenêtres donnant sur son héritage, offrirait de prouver que pendant trente ans au moins (et l'on sait que souvent il s'agira d'un délai plus long) les volets des fenêtres en question sont demeurés hermétiquement fermés, sans qu'il y ait eu un instant quelconque d'interruption? On sourirait à l'ouïe d'une pareille prétention; on tiendrait à l'avance la démonstration pour impossible, et on jugerait avec raison que, la maison ayant subsisté avec les fenêtres dont elle est garnie, il est établi par cela même que

la faculté de voir résultant de ces ouvrages a dû indubitablement être mise à profit[1].

208. S'il n'est pas à craindre que la règle de l'extinction par le non-usage, abstraction faite du préalable d'un acte contraire, expose à périr trop facilement des droits de vue, nous estimons qu'il est telle autre servitude continue à l'occasion de laquelle cette exigence d'un acte contraire mettra en péril le maintien d'un affranchissement en faveur duquel milite une vraisemblance dont il sera bien fâcheux de ne pouvoir tenir compte. On sait que l'article 688 place les conduits d'eau dans la catégorie des servitudes continues. Supposez que le propriétaire du fonds assujetti soit en mesure de prouver que depuis plus de trente ans l'aqueduc est resté à sec, que depuis plus de trente ans pas une goutte d'eau n'a été conduite de son héritage sur l'héritage voisin. Cependant, les travaux anciennement établis pour ménager l'irrigation n'ont pas été dérangés par la main de l'homme; s'ils ne sont

[1] Pour faire entrer dans l'ordre des choses possibles l'existence de fenêtres qui pendant trente ans ne sont d'aucune utilité, essayera-t-on de parler d'une maison devenue inhabitable parce qu'elle serait tombée en ruines, mais dont il serait resté debout un pan de mur percé de fenêtres? Nous ne ferions aucune difficulté de décider que, depuis l'instant où les bâtiments ont cessé de se prêter à l'habitation, non-seulement il y a eu non-usage, mais encore qu'à partir de la même époque il ne peut plus être question d'un état de lieux qui mérite le nom de servitude continue. Quelque facile que l'on soit sur l'idée de continuité, toujours est-il qu'il n'y a pas servitude de vue, si le propriétaire du fonds dominant n'est pas à même de plonger à son gré ses regards sur le fonds servant. Dans notre espèce, il n'y a pas de fenêtres proprement dites; il y a des ouvertures dans une muraille, pratiquées, nous pouvons le supposer, à 10, 20 ou 30 pieds au-dessus du sol. Les oiseaux seuls peuvent voir à travers ces ouvertures, mais non ceux qui foulent le terrain sur lequel est assise la muraille. Maintenir la servitude en pareil cas, parce qu'il reste des ouvrages qui autrefois ont servi à ménager la faculté de voir, mais qui depuis plus de trente ans ont perdu cette aptitude, c'est en réalité relever la règle : *per signum retinetur signatum*. Il faut alors se résoudre à dire qu'une porte construite en vue d'un passage, quand elle n'a pas été murée, conserve la servitude, bien que nul acte de passage n'ait eu lieu depuis trente ans. Il faut dire aussi que le trou dans lequel reposait jadis la poutre du voisin, si l'on a omis d'y jeter quelques poignées de plâtre, suffit à sauvegarder le *jus tigni immittendi*, quoique trente ans se soient écoulés depuis que le mur a cessé de supporter un *tignum*.

plus à même de fonctionner, c'est que le temps seul a amené l'obstruction des canaux, dont les traces subsistent toujours. La doctrine, conforme aux textes du Code, qui, en matière de servitudes continues, ne fait pas grâce de la nécessité de l'intervention de l'homme pour ouvrir la voie à la prescription extinctive, cette doctrine est forcée de décider qu'il est permis de remettre en vigueur un état de choses qui sommeillait depuis si longtemps. Cette opinion est soutenue par des auteurs fort considérables, notamment par M. Demolombe[1]. On ne peut disconvenir que la lettre de la loi ne soit favorable à une pareille théorie ; mais qui ne voit qu'on aboutit ainsi à rétablir la maxime : *Per signum retinetur signatum?* Où s'arrêter, d'ailleurs dans cette voie, du moment où trente ans de non-usage ne suffisent pas? Il sera donc possible, au bout de cinquante ou soixante ans, de prétendre à restaurer un aqueduc, que personne, de mémoire d'homme, n'a vu fonctionner, mais pour lequel on échouerait à essayer de prouver qu'à telle ou telle époque des travaux ont été exécutés, pour faire disparaître les traces de l'ancien asservissement.

209. Nous ne serons pas embarrassé pour démontrer qu'il est contraire à la pensée du législateur de tolérer une aussi longue incertitude sur la véritable situation de la propriété au point de vue des charges qui l'affectent, et qu'il a entendu soumettre à l'action destructive qu'exerce le cours du temps les droits de servitude effacés du souvenir des vivants, que l'on a dû s'habituer à considérer comme n'existant plus, par cela seul qu'ils ont cessé pendant trente ans de donner aucun signe de vie. Voyez, en effet, ce qui est écrit dans la loi pour le cas où il adviendrait que le titulaire d'une servitude serait réduit à l'impuissance d'en jouir, parce que les choses se trouveraient dans un tel état qu'on ne pourrait plus user de la servitude. Ce serait assurément trop se hâter que de dire avec l'article 703 que la servitude *cesse*. La vérité est qu'il se produit alors une suspension en fait du droit, mais que celui-ci n'en continue pas moins à exister. Seulement le défaut d'action auquel il est condamné l'expose à une cause d'anéantissement dans l'avenir, pourvu que cet état se prolonge pendant

[1] T. II, n° 1010.

tout le cours de la prescription, c'est-à-dire pendant trente ans. Sans doute, ici encore, les rédacteurs du Code ont séparé les servitudes continues des servitudes discontinues, en décidant que, même dans cette situation, les premières ne seraient éteintes qu'autant que se rencontrerait ce fait, avant-coureur nécessaire du cours de la prescription, savoir la réalisation d'un acte contraire à la servitude. Tel paraît bien être le sens du renvoi à l'article 707 contenu dans l'article 704. Mais nous verrons que, si l'on voulait s'en tenir rigoureusement à la lettre de la loi, on aboutirait à un non-sens. Aussi les meilleurs auteurs ont-ils dû se résigner à reconnaître dans ce cas la toute-puissance du non-usage, isolé de la condition de l'acte contraire, condition qui devient impraticable.

210. Faisons observer d'abord que la démarcation entre le non-usage et l'hypothèse réglée dans l'article 703 a soulevé dans la doctrine des difficultés pour la solution desquelles divers systèmes ont été proposés. A quoi bon, peut-on se demander, prononcer la déchéance de la servitude, à raison de ce qu'il y aura eu pendant trente ans impossibilité de jouir, puisque le non-usage durant le même laps de temps, indépendamment de la cause qui l'amène, suffit à éteindre la servitude?

211. Suivant certains auteurs, là où l'état des lieux ne se prête plus à l'exercice de la servitude, le mal serait irremédiable; la servitude devrait fatalement succomber, dès que la dernière heure des trente ans a sonné, sans qu'on ait vu reparaître la possibilité de renouveler la jouissance. Il n'y aurait pas moyen d'écarter le préjudice en faisant constater judiciairement l'existence du droit; il n'y aurait pas lieu également à tenir compte de la minorité des intéressés. En un mot, il s'agirait d'un délai préfix, non d'une prescription susceptible d'interruption ou de suspension. — Une opinion, qui est précisément l'antithèse de la précédente, place dans une situation privilégiée les titulaires des servitudes, qui éprouveraient un obstable invincible à l'exercice de leur droit. Pour ceux-là, le laps de temps, tout étendu qu'il soit, ne saurait entreprendre dans l'avenir sur les chances possibles de résurrection de la servitude, quelque tardive que soit la réalisation de cette éventualité. On exige toutefois que le propriétaire du fonds dominant soit dépourvu de tout moyen de faire

cesser l'obstacle à l'exercice de la servitude, que le rétablissement des lieux soit au-dessus de sa volonté, sans quoi il serait exposé à subir les effets de la prescription.

212. Nous estimons, avec M. Demolombe[1], que ni l'un ni l'autre de ces systèmes n'est admissible. Il serait injuste de sacrifier les intérêts de celui qui s'est trouvé réduit à l'impossibilité de jouir, auquel ne saurait être imputée aucune négligence. Respectez du moins l'espérance que peut lui ménager l'avenir de voir son droit reprendre vigueur, pourvu qu'il ait fait dans les trente ans ce qui est nécessaire pour sauver ce droit de l'oubli. Il y aurait, en effet, des inconvénients sérieux à laisser vivre indéfiniment des charges dont rien ne révèle l'existence; et l'excuse de la force majeure, qui paralyse l'exercice de la servitude, ne doit pas dispenser de rappeler par des actes d'interruption que cette servitude n'a point absolument péri. Il importe d'éveiller l'attention des intéressés sur des droits que l'état des lieux ne fait plus connaître, que nul désormais ne peut soupçonner. L'article 665, qui mentionne formellement la prescription pour l'une des hypothèses dont s'occupe l'article 703, et le renvoi fait par l'article 704 à l'article 707, où se trouve fixée la règle pour le point de départ de la prescription, ne permettent guère de mettre en doute cette idée que le législateur a bien songé à une application de la prescription ordinaire qu'il faut accepter avec sa portée habituelle. Le bénéficiaire de la servitude n'échappe pas à cette cause d'extinction des droits, mais il lui est permis d'en conjurer les effets en se montrant vigilant; telle est la doctrine qui a prévalu dans la jurisprudence.

213. Cette doctrine, il est vrai, peut être accusée de réduire au néant les articles 703 et 704. C'est une illusion, a-t-on fait observer, que d'énumérer au nombre des modes d'extinction des servitudes réelles ce que les commentateurs ont appelé l'*interitus rei*, c'est-à-dire un état des lieux tel que la servitude ne peut plus s'exercer. Effectivement, la circonstance qu'une pareille situation s'est produite est impuissante par elle seule et *à priori* pour faire disparaître le droit. Celui-ci ne succombe en réalité qu'autant que cette situation s'est prolongée pendant trente années. Or telle est précisément la mesure du

[1] T. II, n° 979.

temps, grâce auquel la servitude périt par le non-usage. Il n'y a donc au fond autre chose qu'une simple application de la force attachée au défaut d'usage, et les deux modes d'extinction se confondent en un seul, à cette différence près que, tantôt l'inaction du propriétaire du fonds dominant ne sera pas exempte du reproche de négligence, tantôt il sera question d'un non-usage forcé, imposé malgré lui au titulaire de la servitude.

214. Il est difficile de méconnaître que cette critique a quelque chose de fondé; et l'on s'explique bien que des auteurs aient été amenés à voir dans le cas prévu aux articles 703 et 704 l'institution d'un délai préfix. M. Demolombe, qui repousse ce système, n'est pas éloigné de concéder que ces articles sont inutiles, et il ne leur trouve d'autre but que celui de constater la réalité du droit dans une de ses conséquences[1]. Nous avons peine à croire que le législateur ait songé à constater positivement cette nature du droit de servitude, qui n'a jamais été l'objet du moindre doute. Voilà plutôt, si nous ne nous trompons, comment ont été introduites dans notre Code ces dispositions, dont l'utilité est problématique pour tant d'esprits. Quand il se produit un obstacle invincible à l'exercice de la servitude, par suite d'un changement dans l'état des immeubles, on pourrait être tenté de dire que la servitude est immédiatement anéantie. Si la source où j'avais le droit de puiser de l'eau s'est tarie, si le mur sur lequel j'appuyais mes poutres s'écroule de vétusté, ou est consumé par un incendie, l'un des éléments nécessaires pour l'intelligence de la servitude fait défaut, et il semble que dès à présent il serait permis de la considérer comme éteinte. En raisonnant de la sorte, on doit ouvrir un mode particulier d'extinction, tenant à des événements de force majeure. C'est ainsi que procédaient autrefois les auteurs, notamment Lalaure, qui dans son chapitre XII, livre I, où il traite de la perte des servitudes, pose une cinquième distinction, sous cette rubrique : *De la libération de la servitude par la ruine de la chose qui la doit, ou de celle à laquelle elle est due.* Il n'y avait là néanmoins qu'une apparence trompeuse; on confon-

[1] V. t. II, nos 971 et 979.

dait, nous l'avons déjà fait observer, la suspension du droit avec son extinction. L'avenir était, en effet, pleinement réservé; l'espérance de la résurrection de la servitude était généralement admise d'une façon illimitée. Peut-être un jour l'état de choses qui condamnait le droit à l'inaction disparaitra-t-il; dès lors, la prétention à la servitude reprenait force et vigueur. La servitude n'était donc pas morte; elle sommeillait seulement; elle subsistait toujours, comme possible *in futurum*, comme éventuelle, à l'état de droit conditionnel, si des circonstances nouvelles lui permettaient de se remettre en exercice. En attendant, le laps de temps ne pouvait rien contre elle; le jeu de la prescription était écarté; et Lalaure enseignait [1] : « *que si la source venait à renaître, même après le temps* « *nécessaire pour opérer la prescription, la servitude serait ré-* « *tablie sans qu'on pût opposer le défaut de jouissance.* » Telle était également la doctrine professée par Domat [2].

215. En définitive, l'*interitus rei* n'était efficace qu'autant qu'il durait; il n'empêchait pas la menace de la servitude de rester constamment pendante. Cependant l'incertitude indéfinie qu'entraînait cette indulgence pour l'avenir de la servitude avait déjà été signalée dans l'ancienne jurisprudence; et Lalaure écrivait [3], à l'occasion de l'inondation du terrain servant d'assiette à un passage : « *que si le débordement durait* « *plus que le temps fixé pour opérer la prescription, il serait* « *plus prudent de former sa demande contre le propriétaire de* « *l'héritage asservi, en renouvellement du titre, lequel il ne pour-* « *rait refuser.* » Les mêmes considérations avaient frappé l'esprit des auteurs du projet de code civil, et ils avaient cru devoir limiter à un espace de dix années la possibilité de la résurrection de la servitude. De là une inconséquence, consistant à laisser inoffensive pendant trente ans la négligence de celui qui pouvant user de la servitude n'en avait pas tiré profit, tandis que celui qui était réduit par force majeure à l'impossibilité de jouir subissait au bout de dix années la déchéance de son droit. La contradiction fut relevée par le tribunal d'appel de Grenoble, qui proposa de décider que, au

[1] *Loc. cit.*, p. 77.
[2] *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 1.
[3] Page 78.

cas de changement dans l'état des lieux, la servitude serait susceptible d'être rétablie lors de la disparition de l'obstacle, sous cette réserve : « *à moins qu'il ne se soit écoulé trente ans de non-usage.* » Il fut fait droit à cette observation; et l'article 704 exigea pour l'extinction de la servitude *interitu rei* le même délai qu'au cas de non-usage. Toutefois, par un renvoi malencontreux à l'article 707, les rédacteurs du Code semblent encore avoir voulu distinguer en cette matière les servitudes continues et discontinues, comme s'il pouvait être question d'un acte contraire à la servitude, quand les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

216. Dans le système consacré par le Code, le changement de l'état des lieux, à la suite duquel est rendu impossible l'exercice de la servitude, n'est pas en lui-même un mode d'extinction du droit; il est simplement un accident dont l'effet est de mettre en jeu un autre mode d'extinction, le non-usage auquel il ouvre la voie, et dont il fixe avec certitude le point de départ. Que le non-usage en pareil cas ne soit pas privé de la force qui lui appartient, malgré l'impuissance invincible à laquelle est condamné le propriétaire du fonds dominant, c'est ce qui ne saurait être révoqué en doute, puisque le projet admettait d'abord la perte du droit au bout de dix années seulement. La prescription extinctive courra donc tout aussi bien que si la faculté d'user existait, et qu'elle n'eût pas été mise en pratique. Mais, d'un autre côté, les causes ordinaires, qui font obstacle à la prescription, doivent également recevoir ici leur application. On pourrait même faire observer que la ressource d'une action en reconnaissance de la servitude est indispensable pour celui qui doit subir des événements de force majeure, qui ne peut se procurer la jouissance effective de son droit. Là, au contraire, où le propriétaire du fonds dominant est libre d'user à son gré, on ne conçoit guère la concession d'une pareille action, puisqu'il n'en a nul besoin.

217. Est-il possible maintenant de donner un sens raisonnable à la réserve écrite dans l'article 704 à l'occasion des servitudes continues, réserve suivant laquelle le temps de la prescription ne commencerait à courir que postérieurement à un acte contraire à la servitude? Prenons l'hypothèse la

plus fréquente, qui amènera un état de choses tel qu'on ne puisse plus user de la servitude; nous voulons parler de la destruction des édifices intéressés dans un rapport de servitude. L'article 665 règle ce cas, en y appliquant la doctrine déjà admise dans le droit romain, doctrine qui considère les bâtiments reconstruits comme tenant lieu des bâtiments primitifs [1]. Il y met seulement cette condition qu'entre la démolition et la réédification il ne se soit pas écoulé un espace de temps suffisant pour l'acquisition de la prescription.

218. Voilà une maison qui jouissait de vues sur l'héritage contigu, ou qui avait le droit de prendre un appui sur les constructions du voisin. La maison au profit de laquelle existaient les vues a disparu, ou le même fait s'est produit pour la maison grevée du *jus tigni immittendi*. Pas de difficulté, si le propriétaire des bâtiments dominants les a démolis, ou si le propriétaire du fonds servant en a fait autant pour ses bâtiments. Nous rencontrons ici un acte contraire à la servitude; et l'on sait qu'aujourd'hui cet acte peut émaner indifféremment de l'un ou de l'autre des propriétaires. Que trente ans s'écoulent pendant lesquels durera cette situation, il est incontestable que la servitude sera éteinte. Mais supposons que la maison, qui avait des droits de vue, a été consumée par un incendie, que le même accident a atteint la maison grevée, ou que celle-ci s'est écroulée de vétusté : on ne peut pas dire alors qu'il y a eu un acte contraire, puisque aucun fait de l'intervention humaine n'est venu apporter obstacle à la servitude. Faudra-t-il donc décider que l'héritage assujetti restera indéfiniment sous le coup de la servitude, que celle-ci devra rentrer en exercice, quelque éloignée que puisse être l'époque où reparaîtront des constructions? Ce serait évidemment s'écarter de l'article 665, d'après lequel la reconstruction n'emporte le rétablissement des anciennes servitudes qu'autant qu'elle survient avant l'acquisition de la prescription. Aussi M. Demolombe [2] abandonne-t-il ici la nécessité d'un acte contraire, et reconnaît la vertu du non-usage, isolément de ce

[1] V. l. 20, § 2, D., *De serv. præd. urb.* « *Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit ut* IDEM *intelligatur*.....

[2] V. t. II, nos 980.

préalable. Notez cependant qu'un acte contraire ne serait pas toujours impraticable; ainsi le propriétaire du fonds grevé de droits de vue aurait pu bâtir sur son terrain et le soustraire à l'exercice futur de la servitude. On convient néanmoins qu'il n'est astreint à rien faire, et qu'il se trouvera libéré au bout de trente ans, par cela seul qu'il y aura eu défaut de jouissance de la servitude pendant le temps voulu pour l'accomplissement de la prescription.

219. Selon une observation de M. Demolombe[1] : « *Si un acte contraire à l'exercice de la servitude continue est exigé pour que la prescription par le non-usage commence, c'est uniquement pour que le non-usage lui-même commence* » — On ne peut mieux constater l'efficacité propre dont est doué le non-usage. Rien de plus raisonnable assurément que de condamner à périr des servitudes dont l'inutilité est attestée par trente ans de non-exercice. Pourquoi donc ne pas se contenter toujours de trente ans d'inaction? En tenant compte du motif indiqué par le savant doyen de la Faculté de Caen, voici comment se justifierait une différence. A la suite des événements fortuits, en vue desquels a été conçu l'article 703, événements dont la date rigoureuse est facile à fixer, il n'y a aucun embarras pour déterminer le moment initial de la prescription; en dehors de l'hypothèse de l'*interitus rei*, l'utilité d'un acte contraire à la servitude consisterait à faire apparaître l'instant précis auquel doit s'ouvrir le cours des trente ans, quand cet instant n'est pas fourni par des accidents de force majeure. En réalité, cela reviendrait à dire qu'il faut se défier de la sagacité du juge. Si telle avait été la pensée du législateur, il aurait obéi ici aux mêmes inspirations qui l'ont porté à régler d'avance pour quelle espèce de servitudes la possession serait, d'une façon générale, utile ou non pour les acquérir par la prescription. Nous ne pouvons croire que la distinction de l'article 707 doive être appliquée de la sorte. Nous y voyons plutôt un vestige de l'ancien système qui requérait pour certaines servitudes l'usucapion de la liberté, et nous persistons à penser que cette exigence n'est pas en harmonie avec la doctrine moderne qui pousse jusqu'à trente années le délai de la prescription extinctive, délai que

[1] *Loc. cit.*

les causes fréquentes de suspension prolongeront souvent bien au delà.

220. En matière de servitudes continues et apparentes, qui exigent tels ou tels travaux, il n'est pas téméraire d'affirmer que, partout où il se sera écoulé trente ans de non-usage, il a dû y avoir autrefois quelque acte contraire, dont la trace s'est perdue au bout d'un si longtemps, de sorte qu'il serait difficile d'en retrouver exactement l'époque. Nous ne voyons pas que, dans la pratique des affaires, le défaut de cet acte contraire ait permis à de pareilles servitudes de se réveiller après avoir sommeillé pendant plus de trente années. Les faits réels ne se prêtent pas sans doute à cette hypothèse : une servitude continue et apparente est demeurée trente ans au moins sans être exercée une seule fois, et cependant nul obstacle n'a été apporté au jeu de la servitude. Ce n'est guère qu'à l'état de théorie qu'on peut concevoir une servitude continue et apparente, sur laquelle auraient pesé trente ans de non-usage, et qui serait sauvée de sa perte, grâce à l'absence d'un acte contraire. Nous avons toutefois essayé de démontrer qu'il y avait telle servitude de cette espèce, à l'occasion de laquelle la doctrine légale présenterait des inconvénients, en permettant d'autoriser la remise en action de la servitude à raison de quelques vestiges encore permanents d'un état de choses fort ancien. A notre gré, le parti le plus simple serait de s'en tenir à la condition du simple non-usage; c'est ce que fait le législateur lui-même, quand il ne peut pas y avoir doute sur ce point que la servitude n'a pas été exercée pendant trente ans, ainsi qu'il appert de l'article 665. Telle devrait être la règle uniforme, sauf au juge à rechercher si, en réalité, la condition de non-usage a bien persévéré durant tout le temps exigé pour la prescription.

221. Nous terminerons notre examen critique des dispositions du Code, en recherchant si l'efficacité du non-usage, abstraction faite du préalable d'un acte contraire, peut trouver application à l'égard des servitudes continues non apparentes. Il s'agit de ces servitudes, qui ont été qualifiées *in prohibendo*, que l'on appelle aussi négatives, qui imposent seulement au propriétaire du fonds servant la nécessité de s'abstenir de tel

ou tel mode d'exercice de sa propriété. De son côté, le propriétaire du fonds dominant n'est pas autorisé à agir sur l'héritage d'autrui, à y entreprendre un fait ou une œuvre quelconque. Il semble dès lors que le non-usage ne se conçoit pas, puisque le bénéficiaire du droit le possède sans avoir besoin de déployer aucune activité. La servitude consistant dans une interdiction qui pèse sur le fonds grevé, la jouissance de la servitude résulte de la conformité de l'état des lieux à cette interdiction. Ce ne pourrait être, par conséquent, qu'au moyen d'une contravention à la prohibition réglée que la jouissance cesserait; d'où cette conclusion qu'il ne saurait être question d'une prescription extinctive par le non-usage tant qu'un acte contraire à la servitude ne s'est pas produit.

222. En vain supposerait-on qu'il s'est écoulé un temps supérieur au plus long délai de la prescription depuis que le rapport de servitude a été créé. L'abstention du fait qui est défendu, tant qu'elle subsiste, maintient en exercice la servitude, à raison seulement de la durée de cet état négatif[1]. L'ancienne et la nouvelle jurisprudence nous offrent à cet égard des documents très-positifs. Lalaure (p. 64) cite un arrêt du parlement de Rouen, du 1er juin 1680, *au sujet d'un droit de servitude réservé, de ne pouvoir bâtir d'écurie, quoiqu'il y eût plus de cent ans, et que ce fût un tiers acquéreur de la maison qui eût fait bâtir l'écurie.* La Cour de Metz, par un arrêt assez récent, du 1er juin 1866[2], faisant application d'un titre qui remontait à plus d'un siècle, a décidé que les possesseurs actuels d'un terrain aliéné en 1754, avec défense de pratiquer aucune ouverture quelconque sur un terrain conservé par le vendeur, se trouvaient toujours sous le coup de cette servitude prohibitive.

223. Il y a assurément dans cette situation quelque chose de fort grave. La permanence indéfinie d'une servitude, qui

[1] Une contradiction à la servitude serait impuissante pour ouvrir la voie à la prescription, si le propriétaire du fonds assujetti se bornait à signifier au voisin qu'il ne reconnaît pas l'existence de la servitude, sans faire vérifier par la justice la légitimité de cette prétention, en intentant une action négatoire dans laquelle il triompherait. Une notification extrajudiciaire ne troublerait en rien la possession de l'adversaire, possession qui resterait aussi complète après cette menace qu'elle l'était auparavant.

[2] V. Dalloz, année 1866, 2e partie, p. 150.

ne se révèle par aucun signe, peut devenir très-préjudiciable pour les acquéreurs du fonds grevé, auxquels rien ne fait soupçonner l'existence d'une charge, dont l'origine sera peut-être extrêmement ancienne. Il est vrai que, depuis la loi du 23 mars 1855, ce danger a été écarté dans l'avenir par la nécessité de la transcription à laquelle sont soumis dorénavant les actes constitutifs de servitudes pour être opposables aux tiers. Si des auteurs ont pu critiquer l'utilité de l'extension de cette formalité en ce qui concerne les servitudes apparentes, que la loi répute suffisamment connues par l'inspection des lieux, de telle sorte que l'article 1638 dispense à cette occasion le vendeur de toute garantie, le besoin de la transcription se justifie parfaitement à l'égard des servitudes non apparentes. Toutefois comme la législation nouvelle respecte les actes ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856, on comprend que l'inconvénient signalé tout à l'heure n'est pas à la veille de disparaître.

224. Faut-il donc admettre que, du moins pour les servitudes prohibitives, le non-usage ne saurait se comprendre en l'absence d'un acte contraire, et que dès lors ici la prescription extinctive ne peut commencer à courir, si cette condition préalable fait défaut? Nous croyons qu'il n'est pas impossible de séparer ces deux idées; et nous en trouvons un exemple, sauf erreur de notre part, dans une hypothèse traitée par les jurisconsultes romains, hypothèse reproduite dans les écrits de nos auteurs français. Nous voulons faire allusion à ce qui est prévu dans la loi 4, § 8, *in fine*, 5 et 6, *pr.* D. *si serv. vindic.* Le premier de ces textes reconnaît la possibilité de constituer une servitude *in prohibendo*, d'après laquelle le propriétaire d'un terrain devrait s'abstenir de bâtir en faveur d'une maison non contiguë au terrain grevé, dont elle serait séparée par un héritage appartenant à un tiers, héritage qui reste à l'état de liberté. *Hæc servitus* (*altius non tollendi*), dit Ulpien, l. 4, § 8, *et ei qui ulteriores ædes habet deberi poterit.* Peu importe, fait observer Paul, dans la loi 5, que le propriétaire intermédiaire ait la faculté de bâtir; la servitude créée n'en est pas moins utile tant qu'il plaira à ce propriétaire de ne point user de cette faculté : *Quia donec tu non extollis, est utilitas servitutis.* Cependant la jouissance de la servitude ainsi constituée est précaire; elle dépend de la conduite que tiendra

le propriétaire intermédiaire. Du jour, en effet, où celui-ci, en construisant, masquerait la vue sur le fonds assujetti, la servitude sera réduite à l'impuissance d'exercice. Or voici que cet événement se réalise. Désormais, suivant Ulpien, l. 6, *pr.* Titius, propriétaire du fonds grevé, aura lui-même la faculté de bâtir, sans que le propriétaire du fonds dominant puisse s'y opposer; car les constructions de Titius sont inoffensives pour créer un obstacle déjà existant. Toutefois la cause véritable, qui a frappé de paralysie la servitude *altius non tollendi*, peut venir à disparaître, parce que la maison intermédiaire tomberait ou serait démolie. Dans ce cas, le jurisconsulte fait renaître la servitude, et accorde l'action confessoire contre Titius, mais sous cette condition que la démolition des constructions élevées sur le terrain libre aura lieu avant l'accomplissement de la prescription : « *Et si forte qui medius est, quia* « *servitutem non debebat, altius extulerit ædificia sua, ut jam* « *ego non videar luminibus tuis obstaturus, si ædificavero,* « *frustra intendes :* JUS MIHI NON ESSE ITA ÆDIFICATUM HABERE INVITO « TE : *sed si intra tempus statutum rursus deposuerit ædificium* « *suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.* »

225. Il n'est pas douteux que, à partir du moment où le terrain intermédiaire a été couvert de constructions, le non-usage commence. Peut-on dire également que cette édification nous fournisse un acte contraire, dans le sens qu'il faut attacher à ces expressions, c'est ce qui nous paraît fort contestable. Qu'on ne doive pas distinguer si le fait contraire émane du propriétaire du fonds asservi ou du propriétaire du fonds dominant, nous le concédons volontiers : le fait du propriétaire dominant peut s'interpréter par un abandon de son droit, de même que le fait du propriétaire du fonds asservi s'explique par une prétention à l'affranchissement. On conçoit que les parties intéressées dans un rapport de servitude se livrent à des actes conformes ou contraires à la servitude. Mais, quand il s'agit d'un tiers, tout à fait étranger à la servitude, il n'y a pas à se demander s'il la gêne, ou s'il la respecte; c'est chose qui ne le regarde pas. Lorsque le législateur parle d'un acte contraire, servant de préambule à la prescription, et constituant un état que le temps à la longue rendra légitime, il a évidemment en vue un acte qui pourrait être empêché à l'origine, puisqu'il ne doit être maintenu dé-

finitivement qu'au bout de trente ans de durée. Nous retombons véritablement dans le cas de force majeure prévu par l'article 703; les choses se trouvent dans un tel état qu'on ne peut plus user de la servitude.

226. Si notre appréciation est exacte, on se trouve ici, à l'occasion d'une servitude prohibitive, en présence d'un non-usage bien constant, lequel n'aura pas été précédé cependant d'un acte contraire, entendu ainsi qu'il doit l'être. Par conséquent s'élèvera la question de savoir si l'héritage assujetti ne peut pas recouvrer sa liberté, quel que soit le laps de temps pendant lequel le droit de vue aura été impraticable à raison de l'interposition des bâtiments élevés sur le terrain libre. Veut-on attendre un acte contraire, tel que l'exige, à notre gré, le législateur, cet acte ne deviendra possible qu'après la chute de l'édifice intermédiaire. Selon la remarque d'Ulpien, tant que subsistera sur le fonds séparatif l'obstacle à l'exercice de la servitude, il n'y a pas moyen pour le propriétaire de l'héritage asservi d'agir de façon à contrarier la servitude. Permis à lui de bâtir à la hauteur qu'il voudra; ses constructions ne changent rien à la situation; elles ne font aucun tort au propriétaire de l'héritage dominant, auquel est même refusée la faculté de s'y opposer.

227. On sait que dans l'ancienne jurisprudence la doctrine qui prévalait était celle de la suspension indéfinie de la prescription, tant que le titulaire de la servitude était dans l'impossibilité d'écarter l'obstacle qui tenait en échec l'exercice de son droit. Aussi Domat[1], qui s'occupe de l'espèce prévue par Ulpien, était d'avis d'effacer la restriction à la résurrection de l'action confessoire contenue dans ces mots : *si intra statutum tempus*. Lalaure[2], qui a également emprunté l'exemple pris dans les lois romaines, et qui traitait la même question à propos de droits de vue sur le Luxembourg, enseignait que les constructions élevées sur le terrain asservi ne pourraient fonder une possession utile aussi longtemps que ces constructions resteraient abritées derrière la maison intermédiaire.

228. Nous nous bornerons à renvoyer aux observations que nous avons précédemment présentées sur les inconvénients

[1] Liv. I, tit. XII, sect. VI, n° 4.
[2] Page 64.

d'une semblable doctrine, inconvénients que notre législateur a eu certainement l'intention de prescrire. Remarquons, en effet, qu'à défaut de la prescription trentenaire, il n'y aurait aucune limite de temps au bout duquel serait conjurée l'incertitude sur la condition véritable de la propriété, puisqu'il serait permis de faire revivre même après un siècle des charges entièrement oubliées, grâce à l'exhumation d'un titre suranné, qui viendrait frapper d'une dépréciation considérable des héritages qu'on avait dû s'habituer à considérer comme libres.

229. Ce n'est pas à dire que nous condamnions à périr nécessairement, à la suite de trente ans de non-usage, une servitude prohibitive, dont la jouissance est devenue impossible par des circonstances indépendantes de la volonté du propriétaire dominant. Nous admettons ici, comme à l'égard des servitudes positives pour lesquelles la même situation se produirait, qu'on doit réserver au bénéficiaire du droit la faculté d'interrompre la prescription ; et nous lui permettrions, à défaut de l'obtention d'une reconnaissance volontaire, de recourir à une action judiciaire ayant pour but de faire constater l'existence de la servitude [1]. Mais quand il s'est écoulé plus de

[1] La ressource de l'action confessoire, que nous mettons à la disposition de l'ayant droit à la servitude, était refusée par Ulpien, même à la suite de constructions élevées par le propriétaire du fonds grevé. « *Frustra intendes jus mihi non esse ita ædificatum habere invito te.* » L'interdiction de bâtir ayant pour but de ne pas gêner les vues de la maison dominante, on ne peut pas dire que l'édification réalisée sur le terrain assujetti constitue une contravention à la servitude, puisque les *lumina* étaient déjà interceptés. L'exercice du droit de vue étant totalement supprimé par l'existence du bâtiment le plus rapproché, l'obstacle ne s'aggrave en aucune façon à raison de la construction d'un bâtiment situé derrière le précédent. Le propriétaire du fonds dominant n'a pas d'intérêt quant à présent à faire maintenir une prohibition de bâtir dont il ne tire nul profit; il n'agirait que pour nuire à son voisin, sans qu'il y eût quelque utilité pour lui.

On peut accepter comme rigoureusement exacte cette manière de raisonner. Toutefois, si elle est fondée, la conséquence en doit être que le propriétaire du fonds servant n'est pas en position de reconquérir la liberté de son héritage en vertu de ses travaux, puisqu'il est redevable de la liberté dont il jouit non à son propre fait, mais uniquement au fait du propriétaire intermédiaire. Dès lors, quand le jurisconsulte, en ajournant l'action confessoire jusqu'à la chute de l'édifice, ajoute que la *vindicatio servitutis* ne sera possible qu'autant que la disparition de l'édifice interposé surviendra *intra statutum tempus*, s'il ne faut pas voir là, ce que nous soup-

trente ans, sans qu'il y ait eu aucun acte d'exercice, et qu'en outre il n'a été rien fait pour tenir en éveil l'attention des intéressés, nous estimons qu'il serait bon de considérer comme éteint absolument un droit qui est resté si longtemps sans objet. Tout ce qu'on peut exiger, c'est que la durée du non-usage soit bien constatée. Dès qu'il y a certitude sur ce point, il nous paraît inutile, quelquefois dangereux ou impraticable, de s'arrêter à la distinction, qui consiste à exiger quant aux servitudes continues le préalable d'un acte contraire.

çonnerions fort, une interpolation de Tribonien, nous estimons qu'Ulpien a manqué de logique. Nous n'apercevons pas, en effet, de réponse au dilemne suivant. Ou bien les constructions que se permet le propriétaire du fonds grevé sont impuissantes à lui procurer la faculté d'usucaper, et alors l'usucapion ne doit pas courir à son profit; ou bien ces constructions ouvrent la voie à l'usucapion, et dans ce cas, il y a une entreprise portant atteinte à l'avenir de la servitude. Il serait injuste, par conséquent, que ce fait nouveau, qui lui est préjudiciable, ne pût pas être empêché de la part de celui qui se voit menacé de subir la perte de son droit.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

DEUXIÈME PARTIE.

DROIT FRANÇAIS.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Ce, 26, rue Racine.